

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA
EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. – EPL**

REF.: RDC ELETRÔNICO Nº 002/2016

CONSÓRCIO PROFILL-HAR-ABG, já antes qualificado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, por meio de seu representante legal, com fundamento no artigo 45, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 12.462/2011, e no item 11.3 do Edital, interpor

RECURSO

em face do ato da sua inabilitação no certame em epígrafe, requerendo, na forma do §6º do dispositivo mencionado, a reconsideração da decisão ou o encaminhamento à autoridade superior, tudo consoante as razões que seguem.

RAZÕES DE RECURSO

ILUSTRÍSSIMO SENHOR DIRETOR-PRESIDENTE
Empresa de Planejamento e Logística S.A. – EPL

I. BREVE RELATO DO CERTAME

1. O procedimento licitatório em questão, RDC Eletrônico 002/2016, tem por objeto a *“Contratação de empresa especializada para elaboração dos estudos ambientais e dos programas ambientais de mitigação dos impactos, em caráter executivo, relativos ao licenciamento ambiental das obras de implantação da infraestrutura ferroviária EF – 1515, no trecho entre Estrela D’Oeste (SP) e Três Lagoas (MS), extensão total de 285,35 Km, para fins de obtenção das licenças ambientais e autorizações específicas, necessárias ao início às obras”*, conforme item 1.1 do Edital.

2. Interessada em prestar o serviço licitado, o ora Recorrente submeteu proposta respeitando a legislação vigente e as correspondentes e autorizadas exigências editalícias, obtendo o melhor lance classificado e sendo chamado a apresentar a documentação de habilitação.

3. Ao analisar tal documentação, contudo, a Comissão de Licitações entendeu, de forma equivocada, por inabilitar a Recorrente, apresentando como motivos da recusa os seguintes argumentos: *“A licitante deixou de cumprir as exigências dos itens 10.4.3.3 e 10.4.4 do Edital. Não comprovou atestado com extensão mínima de 142 km e que o atestado foi emitido para os coordenadores e não para a empresa. Profissional de Nível Superior na função de Coordenador Geral de EIA/RIMA de rodovias ou ferrovias com tempo de experiência de 10 anos e Profissional de Nível Superior na função de Coordenador do Meio Socioeconômico com tempo de experiência de 8 anos”*.

4. Ocorre que as exigências invocadas, bem como sua interpretação e consequente orientação da análise da documentação, além de não estarem devidamente explicitadas, são manifestamente ilegais, desarrazoadas e desproporcionais, pelo que não poderiam jamais ser utilizadas para inabilitar o Recorrente, conforme restará claro ao final desta exposição.

II. RAZÕES PARA O PROVIMENTO DO RECURSO

- Ilegalidade da inabilitação tendo-se em vista (a) a ausência de motivação suficiente, (b) a indevida exigência de comprovação da realização anterior de EIA/RIMA no quantitativo mínimo de 142 km, (c) a indevida imposição de limite de número de atestados/certidões para fins de comprovação da qualificação técnica e (d) a indevida restrição à comprovação de tempo mínimo de experiência do profissional, do que decorre (e) a frustração do caráter competitivo do certame

II.a. Da nulidade por ausência de motivação da decisão de inabilitação

5. Como é cediço, a motivação, no quadro dos atos administrativos, compreende os pressupostos de fato e de direito que determinam e alicerçam, sob o aspecto da juridicidade, o ato. No regime jurídico brasileiro, a motivação, baseada na ideia de transparência no âmbito do Estado Democrático de Direito, foi elevada à condição de verdadeiro princípio, sendo, pois, relacionada aos artigos 1º, II e parágrafo único, no que tisa à valorização da cidadania e à soberania popular; artigo 5º, XXXIII, XXXIV, alínea “b”, e LXXII, no que concerne ao direito fundamental à informação, em seus diversos matizes; artigo 37, “caput”, como dever genérico para o exercício da função administrativa e, por fim, nos incisos IX e X do artigo 93 da CF/88.

6. O dever de fundamentação dos atos administrativos, no âmbito da legislação federal, com aplicação subsidiária a todos os processos administrativos, ainda que submetidos aos regimes jurídicos próprios, é indiscutível. Mais, em se tratando de decisão que nega ou limita direitos, como é o caso em apreço, a ausência de fundamentação do ato administrativo implica violação ao direito de defesa, pois impossibilita o conhecimento efetivo das questões analisadas. Logo, prejudica diretamente a possibilidade de alinhar resposta, contraditar os fatos que conformam os autos e apresentar recurso devidamente orientado, o que, ao fim e ao cabo, implica violação da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF/88).

7. Por mais inesperado que possa parecer, a decisão de inabilitação limitou-se a, em apenas uma “tira”, referir que os documentos apresentados não cumpriram com as exigências editalícias. Muito embora haja referência a dois itens do ato convocatório, não se disse por que os documentos estariam desconformes. Em outras palavras, não se declinou a razão de fato a amparar a decisão de alijamento.

8. Ora, é certo que os atos administrativos que negam, limitam ou afetam direitos e interesses devem “*ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos*” (art. 50, I, da Lei nº 9.784/99). Dita motivação, a seu turno, “*deve ser explícita, clara e congruente*” (§1º), de modo a evidenciar a análise fática e jurídica da situação em exame.

9. Resta evidente, portanto, que a decisão de inabilitação do Recorrente, absolutamente sucinta, não permite compreender-se quais documentos estariam desconformes, qual seria a razão dessa alegada desconformidade nem o que teria, aparentemente, faltado apresentar. Recorrer de uma decisão assim exige, sem exageros, o exercício da adivinhação, o que demonstra a ofensa ao dever de motivação e a ilegalidade do ato.

10. Dessa forma, requer-se a anulação da decisão recorrida, determinando-se seja proferida nova, dessa vez devidamente explicitadas as razões de fato e de direito que a suportam.

II.b. Da indevida imposição de exigência de comprovação da realização anterior de EIA/RIMA exclusivamente de rodovias ou ferrovias no quantitativo mínimo de 142 km – restrição ao universo de licitantes

11. Em primeiro lugar, conforme comunicado nº 30/2016–LICIT/GESUP/DGE, denominado Relatório de Julgamento da proposta de preços e documentação de habilitação do Consórcio PROFILL-HAR-ABG, em sua página 7, de maneira equivocada a Ilustre comissão não julgou como adequado ao critério o atestado emitido pela Construtora Sultepa S/A. Dentre os motivos é citado que o

atestado foi emitido para os Coordenadores e não para a empresa, fato este que não se confirma analisando o atestado e sua respectiva CAT, conforme ilustrado a seguir.



ATESTADO

Atestamos para fins de comprovação de realização de serviço técnico, que os Eng^{os} de Minas Fernando Hartmann, registrado no CREA/RS sob o n° 39080-D, e René de Matos Caraméz, registrado no CREA/RS sob o n° 29654-D, vinculados a empresa HAR ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE LTDA., prestaram como Coordenadores Técnicos para a Empresa CONSTRUTORA SULTEPA S/A, dos serviços abaixo relacionados com as seguintes características:

1. Objeto do Contrato s/n°: Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, da Rodovia Federal BR-101/RS, trecho Tavares – São José do Norte e Contorno, compreendendo uma extensão de 128 km.
2. Endereço do Serviço Técnico: Rodovia Federal BR-101/RS, trecho Tavares – São José do Norte e Contorno, compreendendo uma extensão de 128 km.
3. Empresa Contratada: HAR ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE LTDA., CNPJ 93.004.026/0001-99, com sede na Av. Alberto Bins, 789/402, Centro, Porto Alegre/RS e Registro no CREA/RS n° 75.697.
4. Contratante dos serviços: CONSTRUTORA SULTEPA S/A., CNPJ 89.723.993/0001-33, com sede na Trav. Leonardo Truda, n° 40/11° A, bairro Centro, Porto Alegre/RS.

12. Claramente é demonstrado que o atestado foi emitido para a empresa "HAR Engenharia e Meio Ambiente Ltda.", além disso, no verso do atestado cita: "Este atestado técnico está registrado no CREA-RS sob o Protocolo, n° 2009054258 em atendimento à lei n° 8666/93, art. 30, para fins de qualificação técnica em licitações. Os dados constantes no mesmo são de responsabilidade do emitente, estando a certificação do CREA-RS limitada às informações constantes nas ARTs e respectivas CATs (ARTs n°: 29654010200 e 39080030199 e CATs n° 1183872 e 1183870)". A CAT n° 1183870, em nome do Engenheiro de Minas Fernando Hartmam comprova que o mesmo foi coordenador pela empresa executante da obra/serviço HAR Engenharia e Meio Ambiente Ltda, conforme demonstrado abaixo.

Certidão de Acervo Técnico

Certidão Nº: 1183870

ART nº: 39080030199

Validade: Permanente

Protocolo: 2009054258

Expedição: 11/01/2010 14:07

Nome: FERNANDO HARTMANN

Carteira: RS039080

Registrado no Crea-RS desde: 21/08/1981

Titulação:

ENGENHEIRO DE MINAS.

O Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Rio Grande do Sul - Crea-RS CERTIFICA, nos termos do art. 5º da Resolução nº 317, de 1986, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - Confea, que o profissional acima qualificado registrou a Anotação de Responsabilidade Técnica - ART nº 39080030199. A ART define, para os efeitos legais, os responsáveis técnicos pela execução de obras ou prestação de serviços técnicos de Engenharia, Arquitetura, Agronomia, Geologia, Geografia e Meteorologia, de acordo com a Lei 6.496, de 1977, e Resolução nº 425, de 1998, do Confea.

ART: 39080030199

Início: 17/04/1998 Conclusão: 19/07/1998

Empresa executante da obra/serviço da qual o profissional é RT perante o Crea-RS:

HAR - ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE LTDA

13. Ainda, é dever reiterar que a imposição de pesada exigência habilitatória, consubstanciada na comprovação de realização anterior de EIA/RIMA de rodovias ou ferrovias, exclusivamente, no quantitativo mínimo de 142 km, macula de ilegalidade o presente certame, em vista da significativa restrição ao universo de licitantes.

14. É preciso, para compreender o nível de ilegalidade e gravidade da situação, volver aos princípios essenciais que abalizam, a partir da previsão constitucional, as licitações públicas. O art. 37, XXI, da CF/88, dispõe que, **“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”**.

15. O comando constitucional, como se vê, veda que a lei estabeleça exigências, quer sejam elas de natureza técnica, quer econômicas, além do absolutamente indispensável **“à garantia do cumprimento das obrigações”**. Logo, não há discricionariedade administrativa¹ que justifique a simples imposição de exigências aos licitantes, ainda mais quando tais exigências, além de não possuírem respaldo técnico, limitam de forma indevida e ilegal o universo de participantes da disputa.

16. Pior: tais exigências, como ocorre *in casu*, determinam a **reserva de mercado**, causando prejuízo direto à disputa, seja pela indevida exclusão de

¹Enquanto ato decisório, a habilitação é ato vinculado. Não é informada por qualquer juízo de conveniência. Nem pode se fundar na vantajosidade das propostas. (...) JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ed. São Paulo: RT, 2014. p.535.

potenciais fornecedores, seja pela elevação do preço como consequência natural da redução do universo de participantes na disputa. Numa palavra, utilizando-se a linguagem figurativa mais simples possível: o procedimento licitatório não se identifica com uma gincana na qual a entidade licitante pode, ao seu bel prazer, estabelecer exigências ou obrigações não condizentes com tais postulados. Argumentos técnicos e jurídicos evidenciam a ilegalidade no presente caso.

17. A Lei de Licitações, conformada aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, não deixa dúvidas quanto ao entendimento de que existe (i) um direito subjetivo público (dos licitantes que tenham condições mínimas do ponto de vista técnico e econômico) de participar das licitações e (ii) um limite objetivo às entidades licitantes para impor exigências. Nesse sentido, primeiramente, ao estabelecer os **princípios jurídicos** que norteiam as licitações, dispõe que:

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §5º a 12º deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

18. Em seguida, a mesma lei estabelece, com exclusividade, as regras de participação no que tina à comprovação da capacidade técnica dos licitantes proponentes. Assim é que o art. 30 e seus parágrafos preveem as únicas exigências admitidas e vedam a inclusão de novas nos instrumentos convocatórios.

19. Na mesma linha, o entendimento doutrinário mais consentâneo:

“É impossível deixar de remeter à avaliação das Administração a fixação dos requisitos de habilitação técnica. Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes (...). **A Administração está autorizada a estabelecer exigências**

aptas a evidenciar a execução anterior do objeto similar. Vale dizer, nem sequer autoriza exigência de objeto idêntico”.²

“Ressalta-se, novamente, que o princípio da competitividade é o ponto nuclear da licitação e, sobremaneira, da fase de habilitação. Ademais, nota-se que a parte final do inciso XXI do art.37 da Constituição Federal, em expressão do princípio da competitividade, enuncia que somente se permitirá, em licitação, exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis para a garantia das obrigações. Ou seja, deve-se exigir como condição de habilitação o mínimo possível, o indispensável, verdadeiramente pertinente e útil”.³

20. Portanto, é juridicamente inaceitável a inversão de valores no momento em que se colocam as exigências para a habilitação dos licitantes. A regra é de se exigir o mínimo indispensável para comprovar a qualificação técnica do licitante, e não o contrário, exigindo-se comprovações específicas de modo a dificultar a participação e (com isso) reduzir o número de participantes.

21. É consenso entre os intérpretes da Lei n° 8.666/93 que a opção legislativa, conformada em diversos de seus dispositivos, está ancorada na premissa elementar de mercado segundo a qual quanto maior for o universo de participantes/proponentes, mais efetiva será a obtenção do melhor preço, decorrente do resultado da dialética entre os concorrentes. Dessa forma, é flagrantemente defeso ao administrador afastar-se de tais premissas e de forma arbitrária exigir o que não é permitido pela lei, por violação ao preceito básico de hierarquia entre os atos jurídicos.

22. Nesse ponto, tem razão a doutrina ao apontar, com pertinência, que são dissociados os conceitos de discricionariedade e o de arbitrariedade no que se refere ao estabelecimento das condições de participação nos editais de certames licitatórios:

“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, 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**”.⁴

23. No âmbito do Tribunal de Contas da União, o entendimento consolidado é no sentido de que a exigência de comprovação da qualificação técnica deve ser pertinente e compatível com o objeto da licitação ou da contratação direta e

²JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ed. São Paulo: RT, 2014. p.597.

³NIEBUHR MENEZES, Joel. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2ed. São Paulo: Editora Fórum, 2011, p. 393.

⁴JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ed. São Paulo: RT, 2014. pag.543

indispensável ao cumprimento do objeto, o que se extrai claramente da leitura dos seguintes precedentes, Acórdãos: 565/2010 – TCU - 1ª Câmara, 2.397/2010 – TCU - Plenário, 5.026/2010 – TCU - 2ª Câmara, 311/2009 – TCU - Plenário, 513/2009 - Plenário, 3.927/2009 – TCU – 1ª Câmara e 1.417/2008 – TCU - Plenário. Extrai-se, claramente, que a regra é no sentido de que uma exigência de comprovação de capacitação técnica, para ser legal, deve ou estar expressamente prevista em legislação, ou resistir ao exame de adequação, a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sempre em franco atendimento ao interesse público e não ao interesse de alguns agentes do setor privado. Veja-se:

“Assiste à Administração o direito de cercar-se de garantias acerca da qualificação técnica das empresas licitantes em licitações para execução de obras envolvendo a metodologia de alta complexidade, a exemplo de pontes estaiadas, podendo estabelecer, na ausência de limite legal máximo, e em razão da comprovada de riscos, a quantidade de experiência anterior requerida a ser requerida, **ressalvados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**”

(Acórdão 521/2011, Plenário, relator Min. Augusto Nardes).

24. Ainda mais nos dias atuais, em que vivemos sob a égide da maior operação da Polícia Federal na deflagração de esquemas de corrupção que tinham como instrumento de efetivação de suas ilegalidades justamente os procedimentos de contratação da maior estatal brasileira. O exemplo, assim, deve e tem de servir para outras entidades públicas brasileiras.

25. O **Poder Judiciário**, igualmente, quando recrutado para o exercício do controle jurisdicional:

“É certo que não pode a Administração, nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações”.

(EDcl no REsp 361.736/SP, 2ª, T., rel. Min. Franciulli Neto, j. Em 05.09.2002, Dj 31.03.2003.)

26. Há, no presente caso, um agravante. Além de exigir o que a lei não permite e o que tecnicamente não se justifica, a entidade licitante determinou ainda uma limitação na limitação: a regra de que a comprovação de Estudos de Impacto Ambiental e respectivos Relatórios de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) deva se referir a rodovias ou ferrovias, exceto pontes, com extensão mínima de 142 km. Repita-se: a exigência constitui uma restrição que restringe ainda mais a própria limitação ao universo de participantes.

27. **Em função disso, a ilegalidade afronta o disposto no §1º do artigo 30**, uma vez que, na esteira do entendimento já pacificado do Tribunal de Contas da União, (...) *este Tribunal já se manifestou inúmeras vezes contra a exigência de quantitativos mínimos de serviços para a comprovação da capacidade técnico-profissional, ante a expressa vedação contida no art. 30, §1º, da Lei 8.666/93. Citem-se, nesse sentido, os Acórdãos 727/2009, 608/2008, 2.882/2008, 2.656/2007, todos do Plenário (Acórdão 276/2011, Plenário, re. Min. Ubiratan Aguiar)*”.

28. Na mesma linha, ainda, o seguinte precedente:

“22. O representante considera a ilegalidade do fator de permanência previsto no edital para a pontuação da equipe técnica da proponente. Argumenta, com base no art. 30, § 1º, da Lei no 8.666/1993, que são vedadas exigências de quantidades mínimas.

23. Analisando os argumentos do representante, observa-se, inicialmente, que o disposto no art. 30 da Lei nº 8.666/1993, que veda exigências referentes a tempo ou prazos, é aplicável aos procedimentos e regras para a qualificação técnica dos licitantes, e não à pontuação de propostas técnicas. Ou seja, a aplicação do fator de permanência na pontuação não é cláusula restritiva à participação no certame.”

(TCU, Acórdão nº 1288/2011, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 26/05/2011)

29. Do **ponto de vista técnico**, cumpre tecer breves linhas sobre os serviços que estão sendo licitados, igualmente, verifica-se que a *novel* exigência editalícia tampouco encontra suporte. É que os serviços licitados, diferentemente do que faz crer a nova exigência editalícia, em nada diferem de outros serviços prestados por empresas que comprovadamente atuam no segmento de mercado exigido. Eis, em seu conteúdo, o objeto licitado:

1.1. O objeto desta licitação é a “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ELABORAÇÃO DOS ESTUDOS AMBIENTAIS E DOS PROGRAMAS AMBIENTAIS DE MITIGAÇÃO DOS IMPACTOS, EM CARÁTER EXECUTIVO, RELATIVOS AO LICENCIAMENTO AMBIENTAL DAS OBRAS DE IMPLANTAÇÃO DA INFRAESTRUTURA FERROVIÁRIA EF – 1515, NO TRECHO ENTRE ESTRELA D’OESTE (SP) E TRÊS LAGOAS (MS), EXTENSÃO TOTAL DE 285,35 KM, PARA FINS DE OBTENÇÃO DAS LICENÇAS AMBIENTAIS E AUTORIZAÇÕES ESPECÍFICAS, NECESSÁRIAS AO INÍCIO AS OBRAS”, em atendimento às prescrições legais emanadas pelos órgãos ambientais competentes e pelos órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental, de acordo com as especificações e condições estabelecidas neste Edital e seus Anexos.

30. Antes de qualquer coisa, é indispensável frisar que os serviços objetivados no edital podem ser diferenciados entre serviços (i) ancilares e (ii)

principal. Nesse ponto, poder-se-ia dizer que principal corresponde ao serviço (...) *acompanhamento do processo de licenciamento ambiental, referente às obras de implantação da infraestrutura ferroviária EF – 1515, no trecho entre Estrela D'Oeste (SP) e Três Lagoas (MS), em atendimento às prescrições legais emanadas pelos órgãos ambientais competentes e pelos órgãos e entidades envolvidos no licenciamento ambiental(...)*. Ancilares, portanto, seriam os serviços de *elaboração dos estudos ambientais, dos programas ambientais de mitigação dos impactos (Projeto Básico Ambiental), da Autorização de Supressão da Vegetação, dos estudos do patrimônio histórico, cultural e arqueológico e assessoria técnica para acompanhamento do licenciamento ambiental.*

31. Verifica-se que a **nova exigência** é absolutamente **impertinente** para fins de **comprovação da capacidade técnica** dos licitantes, até porque não existe uma modalidade específica de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), própria e insubstituível para fins de comprovação capacidade técnica.

32. Eis aqui o ponto central da ilegalidade cometida a partir da nova redação do edital: **a nova exigência não pode restringir o universo de comprovação da capacidade técnica apenas e tão somente à prova de Estudos de Impacto Ambiental e respectivos Relatórios de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), “de rodovias ou ferrovias”, na extensão de 142 km, sob pena de violação frontal ao disposto no art.30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.**

33. Dizendo de outra forma, apenas poder-se-ia cogitar da legalidade da exigência se (i) antecipadamente fossem estabelecidas as parcelas de relevância e (ii) incluída na redação a possibilidade de comprovação por meio de prova de capacitação equivalente ou superior. Segundo entende a doutrina:

“No entanto, qualquer exigência no tocante à experiência anterior, especialmente quando envolver quantitativos mínimos ou restrições similares, dependerá da determinação prévia e explícita por parte da Administração das parcelas de maior relevância e valor significativo”.⁵

34. O **Tribunal de Contas da União**, nesse particular, dada a uniformidade de entendimento e massificação de casos julgados, optou por publicar súmula específica consagrando o entendimento que executa e confere validade à norma referida:

Súmula 263 TCU: “Para comprovação da capacidade técnica-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior

⁵JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ed. São Paulo: RT, 2014. p. 591.

relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal exigir a comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.

35. Portanto, não poderia o edital nem limitar a comprovação técnica em quilômetros, nem tampouco limitar a comprovação apenas ao universo de prova de Estudos de Impacto Ambiental e respectivos Relatórios de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) “de rodovias ou ferrovias”, não só pela questão legal (isto é, ausência de determinação das parcelas de maior relevância/valor significativo), mas também pela ausência de fundamentação técnica para tanto.

36. No que tizna à ausência de fundamentação técnica para a exigência, convém analisar a legislação específica.

37. A previsão do licenciamento, em atendimento ao comando constitucional (art. 225 da CF/88), na legislação ordinária, surgiu com a edição da Lei 6.938/81, que em seu art. 10 estabelece:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

38. A Resolução Conama 237/97, por sua vez, traz o seguinte conceito de licenciamento ambiental:

Procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras; ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Por procedimento entende-se um encadeamento de atos que visam a um fim – a concessão da licença ambiental. Esse procedimento é conduzido no âmbito do Poder Executivo, na figura de seus órgãos ambientais nas várias esferas, e advém do regular exercício de seu poder de polícia administrativa.

39. A licença ambiental é definida pela Resolução Conama nº 237/97 da seguinte forma, *verbis*:

Ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

40. Pois bem. Do ponto de vista técnico, a legislação prevê um núcleo básico e **essencial comum** às mais **diversas modalidades** de licenciamento, sendo que as especificidades de determinadas modalidades não desqualificam ou afastam o conhecimento comum indispensável para a efetivação dos trâmites necessários.

41. Nesse ponto, é possível que uma empresa que não detenha os atestados exigidos no Edital em exame possua qualificação para executar os serviços que se pretende contratar, não só porque já foi contratada em procedimento licitatório conduzido por esta mesma entidade, para os mesmos serviços, mas também por possui acervo técnico suficiente para demonstrar a capacidade para atividade de complexidade similar ou superior.

42. A exigência de comprovação da execução anterior de EIA/RIMA específico de rodovias ou ferrovias, em quantitativo mínimo de 142 km, portanto, reduz significativamente o universo de potenciais participantes deste certame, maculando-o de ilegalidade.

II.c. Da indevida imposição de limite de número de atestados/certidões para fins de comprovação da qualificação técnica – violação ao art. 30, §§1º, 3º e 5º, da Lei nº 8.666/93 e à jurisprudência pacífica do TCU

43. Não tendo sido declinada a razão da suposta desconformidade dos documentos de habilitação relativamente ao item 10.4.3.3 do Edital, o Recorrente pode não mais do que supor que a sua inabilitação se deve, no ponto, à limitação de que a comprovação da realização de EIA/RIMA de ferrovias ou rodovias com extensão mínima de 142 km se desse com um único atestado. Sim, porque, se considerados já dois dos quatro atestados apresentados, o Recorrente comprovou quantitativo superior aos 142 km.

44. Ora, em sendo este o caso, a decisão recorrida viola, nitidamente, o art. 30, §§1º, 3º e 5º, da Lei nº 8.666/93, bem como a jurisprudência pacífica do Tribunal de Contas da União, sendo ilegal.

45. A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos prevê:

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

(...)

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;

(...)

§ 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:

(...)

§ 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.

(...)

§ 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.**

46. A redação é bastante clara: as exigências qualificatórias, porque restritivas, devem limitar-se ao quanto expressamente autorizado em lei. Tal autorização, por sua vez, diz com exigir-se a apresentação de atestados. Note-se: **atestados**, e não atestado. **A colocação da palavra no plural, e não no singular, não é descuidada de importância.** Quis o legislador abrir, dentro da restrição imposta por exigências de qualificação técnica, a possibilidade de comprovação por múltiplos documentos, de múltiplas atividades, e não de apenas uma obra prévia.

47. Mais. A lei é ainda mais clara ao dizer que, em qualquer hipótese, a comprovação deverá ser admitida em vista da apresentação de certidões ou atestados de obras similares. Novamente aqui explicita a obrigatoria admissão de múltiplos documentos e de múltiplas atividades para os fins de habilitação.

48. Não bastasse, há expressa proibição de que se imponha limitação não prevista em lei, ao que resulta evidente a impossibilidade de exigir-se que um único atestado comprove a totalidade dos quantitativos de qualificação técnica.

49. Na mesma seara, o Tribunal de Contas da União adota posição pacífica no sentido de ser **vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de**

atestados ou certidões para fins de comprovação da qualificação técnica. A título de exemplificação, tenham-se em conta os seguintes julgados:

13. No que diz respeito ao requisito de qualificação técnico-operacional, verifica-se que foi exigido no item 5.6.3.5.1 o seguinte:

"Que a licitante tenha sido contratada por entidade pública ou privada executou através de um único contrato, sendo este devidamente anotado sua responsabilidade técnica, junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, na forma de Atestado Técnico com a devida Certidão de Acervo Técnico - CAT, qualquer tipo de unidade de tratamento de extrato residuário/esgoto, com pré-operação e operação assistida e gerenciamento contendo em seu escopo: educação sanitária e/ou ambiental e controle tecnológico do empreendimento." (Grifei)

14. A esse respeito, como bem assinalou a unidade técnica, **a jurisprudência do Tribunal é pacífica no sentido de que "é vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica**, salvo se a natureza da obra ou do serviço assim o exigir, devendo, nesse caso, a pertinência e a necessidade estarem justificadas em estudos técnicos nos autos do processo".

15. Embora a empresa agravante tenha sustentado que a exigência "nada mais é que a comprovação de "experiência anterior"", saliento que o aspecto questionado pelo Tribunal referiu-se à delimitação de um único contrato como prova de qualificação técnica. Não se questionou a natureza da exigência, mas a restrição imposta na disposição editalícia em debate.

16. Por meio do Acórdão 1898/2006-Plenário, entre tantas outras deliberações desta Corte no mesmo sentido, formulou-se a tese de que **"compromete o caráter competitivo da licitação a vedação de somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado"**. (...)

19. A meu ver essas constatações revelam-se motivo suficiente para impedir a continuidade do contrato decorrente do procedimento licitatório em questão, em face dos aspectos de ilegalidade ora analisados.

(Acórdão nº 772/2009, TCU, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, 22/04/2009, grifou-se)

5. Este Tribunal tem se posicionado em diversos julgados no sentido de que se exigir que as parcelas de maior relevância técnica e financeira da obra, quando são várias e relativamente independentes entre si, sejam comprovadas em apenas dois atestados vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que preconiza que o processo licitatório "somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações". Não se afigura como imprescindível para a comprovação da capacidade técnica de uma empresa construtora que ela tenha executado obra anterior que agregasse todas ou determinados grupamentos de parcelas relevantes da obra em licitação. O que é

imprescindível é que ela comprove a capacidade profissional e operacional de executar todas as parcelas de maior relevância do objeto licitado.

6. Segundo informação da Analista responsável pela instrução, havia tão-somente quatro empresas licitantes, das quais duas foram habilitadas. É de fato um universo muito reduzido de competidores interessados em uma obra deste porte e deste valor (obras estimadas em R\$ 43.847.320,00 - quarenta e três milhões, oitocentos e quarenta e sete mil trezentos e vinte reais), o que só vem a comprovar o caráter restritivo da exigência feita.

7. As alegações apresentadas pelos representantes do CISBAF não lograram em momento algum justificar tecnicamente tal exigência, nem tampouco modificar meu entendimento inicial, quando da concessão de medida cautelar suspensiva da licitação.

8. Assim, **não só é considerada por esta Corte como restrição à competitividade na licitação a prática de se exigir a soma de experiências variadas em um mesmo atestado, como também está em desconformidade com a legislação, com a jurisprudência e a doutrina aplicáveis ao caso.**

(Acórdão nº 1898/2006, TCU, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, 11/10/2006, grifou-se)

50. Mostra-se, portanto, ilegal a inabilitação do Recorrente por conta da limitação ao número de atestados exigidos para comprovação de todo o quantitativo da qualificação técnica, pelo que deve ser reformada a decisão.

II.d. Da indevida restrição à comprovação de tempo mínimo de experiência do profissional – imposição de limites não previstos em lei, violação ao art. 30, §5º, da Lei nº 8.666/93

51. Novamente no exercício de suposição, já que a decisão de inabilitação é absolutamente omissa, o Recorrente imagina que sua inabilitação tenha sido motivada por uma indevida imposição de restrições ao método de cálculo do tempo mínimo de experiência profissional do Coordenador Geral e Coordenador do Meio Socioeconômico exigido no item 10.4.4.

52. Quanto ao ponto, prevê o Edital do certame:

10.4.4. Atestados de Qualificação da Equipe Técnica

10.4.4.1. A qualificação da equipe técnica deverá ser avaliada da seguinte forma, com preenchimento da planilha conforme modelo do ANEXO I – G.

Função	Formação	Experiência Profissional	Tempo de Experiência
Coordenador Geral Quantidade: 1 profissional	Nível superior	Coordenação Geral de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) de rodovias ou ferrovias, exceto pontes. Quantidade de Atestados Exigidos: 01	Profissional de nível superior com experiência profissional mínima de 10 anos em estudos para licenciamento ambiental.
Coordenador Meio Socioeconômico Quantidade: 1 profissional	Nível superior	Coordenação de Diagnóstico Ambiental do Meio Socioeconômico no âmbito de estudos ambientais para fins de licenciamento ambiental de rodovias ou ferrovias, exceto pontes. Quantidade de Atestados Exigidos: 01	Profissional de nível superior com experiência profissional mínima de 8 anos em estudos para licenciamento ambiental.

53. A experiência mínima exigida para o Coordenador Geral, como se vê, é de 10 (dez) anos em estudos para licenciamento ambiental. Pois bem, o profissional indicado para a função de Coordenador Geral, o Eng. Fernando Hartmann, graduou-se em Engenharia de Minas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS no ano de 1980 (fl. 209), portanto há aproximadamente 36 (trinta e seis) anos. Especializou-se em Gerenciamento Ambiental pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS no ano de 1990 (fl. 210), portanto há aproximadamente 26 (vinte e seis) anos.

54. Suas experiências profissionais declaradas às fls. 196/207 dos documentos de habilitação somam, no total, 423 (quatrocentos e vinte e três meses) de contratos vigentes, correspondentes a mais de 35 (trinta e cinco) anos. Parcela significativa dessas experiências constam de atestados e foram transcritas na tabela de fl. 216, na forma do Anexo I-G, a qual dá conta de contratos que vão desde o ano de 1991 até 2006. Sua experiência contempla, portanto, a exigência editalícia.

55. A experiência mínima exigida para o Coordenador do Meio Socioeconômico, como se vê, é de 08 (oito) anos em estudos para licenciamento ambiental. Pois bem, o profissional indicado para a função de Coordenador do Meio Socioeconômico, o Dr. Eduardo Antônio Audibert, graduou-se em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS no ano de 1988 (fl. 642), portanto há aproximadamente 28 (vinte e oito) anos. Especializou-se em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS no ano de 1990 (fl. 643), portanto há aproximadamente 26 (vinte e seis) anos e obteve no ano de 2007 o título de Doutor em Sociologia através da UFRGS (fl. 644). Além disso, conforme a declaração emitida pela Superintendência Regional do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul (SRTE/RS) apresentada (fl. 645), o profissional Sociólogo Eduardo A. Audibert está registrado no SRTE/RS sob o nº 709 em 21/06/1995 de acordo com a Lei Nº. 6.888/80 e Decreto Nº. 89.531/84.

56. Suas experiências profissionais declaradas às fls. 649/740 dos documentos de habilitação somam, no total, 268 (duzentos e sessenta e oito meses) de contratos vigentes, correspondentes a mais de 22 (vinte e dois) anos. Parcela significativa dessas experiências constam de atestados e foram transcritas na tabela de fl. 650/651, na forma do Anexo I-G, a qual dá conta de contratos que vão desde o ano de 1996 até 2013. Sua experiência contempla, portanto, a exigência editalícia.

57. Diante desse contexto, a inabilitação levada a efeito mostra-se abusiva.

58. Por outro lado, é possível que a Comissão de Licitações tenha-se valido, para o cálculo do tempo de experiência, de método excessivamente restritivo e não autorizado em lei, consubstanciado na exclusão de quaisquer contratos com datas sobrepostas. Também aqui tem aplicação o art. 30, §5º, da Lei nº 8.666/93, a vedar a imposição de restrições não expressamente previstas em lei.

59. Afigura-se clara a indevida restrição operada pelo cálculo da experiência mínima. O profissional indicado para a função de Coordenador Geral é engenheiro formado há mais de três décadas, tendo atuado em dezenas de contratos que objetivavam estudos para licenciamento ambiental. E o profissional indicado para a função de Coordenador do Meio Socioeconômico é Dr. Sociólogo formado há quase três décadas, tendo atuado em dezenas de contratos que objetivavam estudos para licenciamento ambiental. Não é legal nem razoável, portanto, a decisão de inabilitação no ponto.

60. A indevida restrição operada pela Comissão de Licitação acaba por alijar do certame empresas e profissionais comprovadamente capacitados para a execução do objeto licitado, o que vem em prejuízo da isonomia, da competitividade e da economicidade.

II.e. Da frustração do caráter competitivo do certame – violação ao art. 3º, caput e §1º, I, da Lei nº 8.666/93 – ofensa aos princípios da isonomia, da competitividade e da economicidade

61. De tudo o quanto se expôs, percebe-se que a indevida previsão de regras habilitatórias excessivamente restritivas e a sua aplicação a partir de interpretações ainda mais restritivas frustraram o caráter competitivo do certame, alijando do procedimento participantes que, como o Recorrente, têm plena capacidade para executar o objeto a ser adjudicado.

62. A Constituição Federal⁶ insta a Administração Pública a **oferecer a todos os administrados igualdade de oportunidades na contratação de serviços, obras e compras**. Por intermédio dessa equanimidade, busca-se a obtenção da contratação vantajosa para a Administração, e a licitação consiste no instrumento jurídico que visa a afastar a arbitrariedade na seleção do contratante.

63. Segundo o art. 3º da Lei nº 8.666 de 1993⁷, a licitação possui triplo objetivo. No momento interessa-nos que, por meio desse procedimento, o Poder Público visa à busca do equilíbrio entre dois valores: os interesses públicos, de um lado, e os privados de outro. O interesse público é satisfeito na medida em que a competição acirrada propicia a obtenção da melhor proposta. De outro lado, os interesses privados são atendidos por meio da abertura de oportunidade de disputa isonômica entre concorrentes. E é por isso que os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e outros estão sempre presentes, sendo que a maior vantagem para a Administração é aquela que equivale a benefícios para todos os administrados.

64. Para Marçal Justen Filho, *“nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art.3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre as diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art.3º. Se existir mais de uma solução compatível com ditos princípios, deverá prevalecer aquela que esteja mais de acordo com eles ou que os concretize de modo mais intenso e amplo. (...) O administrador, no curso das licitações, tem de*

⁶ 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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.

⁷ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).

submeter-se a eles. O julgador, ao apreciar conflitos derivados de licitações, encontrará a solução através desses princípios⁸.

65. Segundo entendimento jurisprudencial:

A licitação pública caracteriza-se como um procedimento administrativo que possui dupla finalidade, sendo a primeira a de escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e a segunda, a de estabelecer a igualdade entre os participantes.

(STJ, 1ª Turma, RESP 447814/SP, DJU 10.03.03, p. 112.)

66. Corolário natural do princípio da isonomia, em se tratando de certames públicos, **é o princípio da competitividade, a ensinar que qualquer restrição à isonomia tem como resultado a diminuição ou redução da competitividade** e, por consequência, da probabilidade de obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Celso Antonio Bandeira da Mello, sobre o princípio da igualdade nas licitações, pondera:

O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, **mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.** É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. **Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório (...)**⁹.

67. Como é cediço, o procedimento licitatório é conformado pelos princípios estruturantes do direito administrativo e, ainda, de dois pilares específicos, quais sejam, de um lado, o princípio da isonomia e, de outro, a vantajosidade das propostas. Para que se observe este, porém, é preciso, desde a articulação dos primeiros atos administrativos preparatórios ao procedimento, até o momento da sua interpretação e aplicação, estabelecerem-se condições de igual participação entre todos aqueles que apresentam, ainda que potencialmente, condições de integrar o certame público.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002, pág. 57.

⁹ MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 477/478.

68. Diante do contexto de forte restrição à participação, ora confirmado com a indevida inabilitação do Recorrente, mostra-se evidente a violação aos princípios da isonomia, da competitividade e da economicidade, sendo ilegal a decisão recorrida.

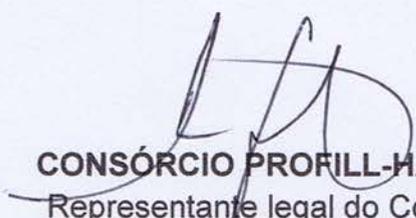
III. DOS REQUERIMENTOS

69. Diante do exposto, e em face das patentes ilegalidades demonstradas, requer seja dado provimento ao presente recurso para o fim de:

- a. Anular-se a decisão recorrida por ausência de motivação, determinando-se a renovação do ato, dessa vez com a devida exposição das razões de fato e de direito que o embasam;
- b. Em não sendo este o entendimento adotado, seja a decisão reformada, julgando-se habilitado o Consórcio Recorrente e seguindo-se com os demais atos do certame até final contratação.

São os termos em que pede e espera deferimento.

De Porto Alegre/RS para Brasília/DF, 17 de maio de 2016.



CONSÓRCIO PROFILL-HAR-ABG

Representante legal do Consórcio

Mauro Jungblut

CPF nº 392.236.800-00 | RG nº 4021061462

CREA nº RS077501