



PARECER

Trata-se de parecer solicitado pelo Ilustríssimo Senhor Secretário de Infraestrutura e Serviços Públicos (SEINFRA), desta Prefeitura Municipal, acerca do recurso de representação apresentado pela licitante VAP Construções Ltda., no certame 2018.2704-002/SE, cujo objeto é a execução de pavimentação em paralelepípedo com rejunte em ruas da sede do Município, em face da decisão proferida pela Comissão de Licitações e Pregões, que desacolheu seu recurso administrativo no sentido de manter a empresa LAPORTE Engenharia Eirelli como vencedora da licitação, eis que esta apresentou a proposta de menor valor (R\$ 5.255.208,68), e que a impugnação ao atestado de capacidade técnico-operacional da vencedora não poderia ser provido porque alcançada pelo preclusão.

Sabe-se que a licitação é o processo administrativo por meio do qual a Administração Pública, obediente à isonomia, seleciona a proposta mais vantajosa e que melhor atenda ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Ao invés de atribuir competência para que os agentes públicos escolhessem os contratados de forma personalíssima, o legislador definiu que a seleção deverá ser por meio de julgamento objetivo: o edital precisa estabelecer critérios certos que permitam a habilitação daqueles que comprovarem ser aptos, seguidos da efetiva comparação entre as propostas dos diversos interessados. Se isso não for faticamente possível, instala-se o dever de decretar a inexigibilidade da licitação e efetivar a contratação direta.

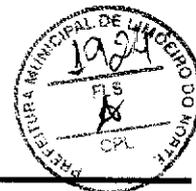


Assim, a licitação consubstancia uma sequência de atos e fatos jurídico-processuais destinados à prática do seu ato final: a adjudicação da proposta vencedora, a permitir que o agente competente celebre o respectivo contrato administrativo com o particular classificado em primeiro lugar. Antes de cumprida essa sequência de atos (fase interna; edital; esclarecimentos e impugnações; exame dos documentos de habilitação; comparação entre os preços; recursos administrativos; homologação) e fatos (o decurso do tempo e o dever de instalar a fase subsequente) processuais, o ato de adjudicação não pode ser realizado e a contratação está proibida de ser feita.

Por isso que a licitação convive com o conceito jurídico-processual de **preclusão**, sob seus três aspectos ou dimensões (cronológica, lógica e consumativa). A preclusão é o impedimento de que se pratique determinado ato processual, em razão do decurso de tempo (aspecto cronológico ou temporal); em razão da prática de ato incompatível com o que se pretende praticar (aspecto lógico); ou em razão da prática de determinado ato que exauriu a faculdade ou o ônus processual (aspecto consumativo). **Como o processo é um caminhar para frente, exige-se que não retroceda.** Caso transcorra em branco o tempo previsto legislativamente para a prática do ato, a parte perderá a faculdade de fazê-lo (preclusão temporal). Caso a parte declare formalmente que está de acordo com o edital, não poderá impugná-lo (preclusão lógica). Caso pretenda concorrer em um lote e abdique do outro, não poderá depois pretender inovar e misturá-los (preclusão consumativa). **Tudo isso com escopo de ordem pública: permitir que o processo avance de modo independente.**

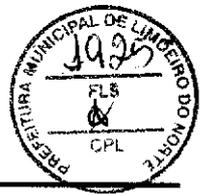
Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu que “*A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame.*” (REsp 402.826/SP, Min. ELIANA CALMON, DJ 24/3/2003). Em outras palavras, preclusão processual.





Entretanto, alguns autores, como o Professor FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES (*Licitação Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores), defendem que existem alguns temas **inibidores** da incidência da preclusão. Lecionam que há determinadas **normas de ordem pública** regedoras da licitação - principalmente as relativas à habilitação dos interessados - que não podem ser transpostas seja pelo decurso de tempo, seja pela prática de ato anterior incompatível ou que tenha exaurido o que se pretende praticar. Para eles, as **exigências de habilitação são de ordem pública**, cujo cumprimento nem a Administração Pública nem os particulares podem declinar. Isto é, aquelas normas licitatórias que definem as condições mínimas sem as quais a Administração Pública está proibida de celebrar o contrato administrativo. Normas cujo descumprimento consubstanciará vício insanável para o certame. Afinal e como o nome já diz, a habilitação se presta a permitir que aquele interessado seja apto a celebrar o contrato definido no edital. O art. 27 da Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos) determina que sejam exigidos dos interessados a documentação comprobatória da habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento ao art. 7.º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988.

Assim exemplificam a tese que defendem: imagine uma concorrência em que não tenha havido recursos administrativos contra a habilitação dos licitantes. Todos foram habilitados e nenhum se valeu do recurso previsto no art. 109, inciso I, alínea "a", da Lei 8.666/1993. Desta forma, pelo decurso de tempo, a licitação seguir incólume para a fase seguinte. Contudo, depois do julgamento das propostas de preço, os licitantes descobrem que o classificado em primeiro lugar já havia sido condenado, antes da proclamação do resultado, por explorar trabalho de crianças menores de 14 anos (Constituição, art. 7.º, inciso XXIII). Ou que a comprovação da boa situação financeira apresentada continha erros de cálculo, outrora não detectados. Ou que o licitante estava em situação irregular perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).



Os autores que adotam essa linha de raciocínio, abraçam que é evidente que a Administração Pública está terminantemente proibida de celebrar contratos com sociedades que explorem trabalho infantil, ou que não possuam as mínimas condições econômico-financeiras ou que estejam em situação irregular com o FGTS. A não ser que haja ordem judicial suspendendo os efeitos de tais irregularidades, não há como transpor tais vícios dos documentos de habilitação. Caso tenha havido a habilitação, ela padece de nulidade, pois se habilitou o inabilitado.

Defendem, então, que a preclusão não incide em questões que envolvam deveres ditos indeclináveis da Administração Pública e dos licitantes. Em outras palavras, que não há preclusão para questões de ordem pública e para as nulidades absolutas, incidindo aqui o art. 53 da Lei 9.784/1999 (*“A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade...”*) e as Súmulas 346 e 473, ambas do Supremo Tribunal Federal - STF (*“A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”* e *“A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos...”*, respectivamente), devendo, nesse caso, anular todos os atos jurídico-processuais.

Contudo, a maior parte dos doutrinadores, fazem leitura distinta, entendendo que, em nome do **Princípio da Segurança Jurídica**, deve-se dar maior **estabilidade as situações jurídicas**, principalmente àquelas que apresentam **vícios de ilegalidade**.

O **Princípio da Segurança Jurídica** pode ser compreendido como aquele que norteia todo o ordenamento jurídico. Esse princípio é uma das questões principais ao direito, assim é impossível ver o direito sem o princípio da segurança jurídica.

A **segurança jurídica** é, sem dúvida, um **direito fundamental** e seu preenchimento valorativo, para fins de aplicação, torna-se claro partindo-se





da premissa de que a segurança abordada é a **previsibilidade e a confiança dos cidadãos nas normas presumivelmente válidas**, existentes no sistema jurídico e especialmente, quando este presumivelmente válido, existente no sistema jurídico e, especialmente, quando estes sentimentos são corroborados por reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

O princípio da segurança jurídica é considerado como um dos mais importantes no que se refere à atividade humana. A esse respeito RAFAEL RAMIRES ARAÚJO VALIM (*O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2010. p 28), afirma que

“O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas **impede a desconstituição** injustificada de atos ou situações jurídicas, **mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição**. Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Por isso, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja os direitos de terceiros.”

Assim, a importância da segurança jurídica visa **proteger as expectativas do cidadão**, ou seja, o gestor público deve valer-se de práticas passadas e dos precedentes da administração pública, **que possibilitou e criou expectativas nos cidadãos**, onde a administração pública irá buscar alternativas para que os atos e processos sobre seu poder seja tomado através de **decisões específicas**, consistentes, possibilitando **segurança e boa-fé**:

O Estado é instrumento da sociedade e sua existência só tem sentido se estiver a serviço de todos e de cada um. Por isso, **justifica-se a confiança que legitimamente os membros da sociedade nele depositam, não se admitindo que os agentes públicos possam desempenhar suas funções traindo essa confiança** (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285).



Assim, a conjugação do princípio da segurança jurídica é possibilitar aos cidadãos confiança que o gestor público irá desempenhar seu trabalho de forma a atender todos os anseios da sociedade na administração pública. Conforme disserta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 124-125) “o direito brasileiro propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social e a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma”.

Feitas essas explicações, impende esclarecer que o recurso de representação apresentado pela empresa VAP Construções Ltda., apresentada por ocasião do juízo das propostas de preços, ataca documento apresentado para se apreciar a habilitação, no caso o atestado de capacidade técnico-operacional da empresa LAPORTE Engenharia Eirelli.

Antes de tratar desse ponto, é válido recordar que a capacidade técnica a ser comprovada nos certames licitatórios divide-se em (1) capacidade técnico-operacional e (2) capacidade técnico-profissional.

O r. Acórdão 1.332/2006 - Plenário, datada de 02/08/2006, do Plenário do e. Tribunal de Contas da União (TCU), proferido no **Processo n.º 010.041/2006-6**, diferencia bem as duas espécies:

A qualificação técnica abrange tanto a experiência empresarial quanto a experiência dos profissionais que irão executar o serviço. A primeira seria a **capacidade técnico-operacional**, abrangendo atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade de pessoas. A segunda é denominada **capacidade técnico-profissional**, referindo-se à existência de profissionais com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado.

Pois bem.



O argumento de falha do atestado técnico-operacional por não estar devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura do Ceará (CREA/CE) com expedição da competente ART (Anotação de Responsabilidade Técnica) foi oportunamente alegado no primeiro recurso, vale dizer, no recurso administrativo contra a decisão que habilitou a empresa LAPORTE Engenharia Eirelli, tendo sido desprovido o recurso, restando a VAP Construções Ltda. socorrer-se ao Poder Judiciário, o que não fez até hoje.

Assim, não poderia esse mesmo argumento, esse mesmo fundamento, ter sido repetido em novo recurso administrativo nesse mesmo certame licitatório, agora na fase de julgamento das propostas de valores, por ocorrência da preclusão consumativa, que se origina do fato de ter praticado o ato, não importa se bem ou mal; e uma vez praticado, não será possível realizá-lo novamente.

E mesmo que possível a apreciação ao mérito do recurso de representação da empresa VAP Construções Ltda., o que afirmamos somente por amor ao debate, restaria ele igualmente desprovido porque o e. Tribunal de Contas da União (TCU), em 06 de dezembro de 2017, decidiu nos autos do Processo n.º TC-022.506/2016-0 - que averiguava a respeito de supostas irregularidades ocorridas em licitações nos Municípios de Irauçuba/CE e Tururu/CE (*coincidentemente também obras de pavimentação em ruas destas cidades*) -, através do Acórdão n.º 10.362/2017 - 2.ª Câmara, como irregularidade a exigência de “certidão de acervo técnico da licitante registrada no CREA-CE, para efeito de habilitação” exatamente porque compromete a competitividade no certame.

Em verdade, o que a empresa VAP Construções Ltda. deseja é que a LAPORTE Engenharia Eirelli seja considerada inabilitada por um motivo de inabilitação que, além de não existir no edital de lançamento do certame licitatório, o próprio e. TCU veda essa exigência.



Então, analisados por todos os ângulos, entendemos não poder prosperar o recurso de representação apresentado pela VAP Construções Ltda.

Vale ressaltar que o ordenador de despesa, o Ilustríssimo Senhor Secretário de Infraestrutura e Serviços Públicos (SEINFRA), tem argumentos jurídicos mais que suficientes para julgar pelo desprovimento do recurso de representação da empresa VAP Construções Ltda., inclusive em recente decisão do e. Tribunal de Contas da União, podendo acolher integralmente este parecer, inclusive servindo de fundamento para a futura decisão, adotando a legítima **técnica de fundamentação referencial**, quando existe referência expressa às informações e razões prestadas em parecer jurídico, **incorporando**, formalmente, tais manifestações, como **entendimento consolidado** no e. Superior Tribunal de Justiça (STJ):

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ACLARATÓRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. É legítima a adoção da técnica de fundamentação referencial (per relationem), utilizada quando há expressa alusão a decisum anterior ou parecer do Ministério Público, incorporando, formalmente, tais manifestações ao ato jurisdicional. (REsp 1263045/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012)

2. A via dos embargos de declaração não se prestam para promover nova discussão da causa, mormente quando não houver sido suscitado, objetivamente, nenhum vício que, acaso existente, possa inviabilizar a compreensão do julgado embargado.

3. Ademais disso, no caso em concreto, o acórdão recorrido abordou, de forma fundamentada, todos os pontos essenciais para o deslinde da controvérsia, conforme se pode verificar às fls. 366/368 dos autos.

4. Embargos de declaração rejeitados"

(EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/02/2013)

"1) DIREITO ADMINISTRATIVO. DECISÃO ADMINISTRATIVA. ACOLHIMENTO DE PARECER NORMATIVO DO PROCON. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE OFENSA À LEI 2.181/97.



a) A Administração Pública é possibilitado adotar como motivação para decidir os fundamentos apresentados e a solução proposta em parecer jurídico proferido em relação ao caso, sem que isso implique qualquer mácula.

b) A decisão administrativa valeu-se de motivação por referência ao Parecer Normativo n. 009/2004 do PROCON, o qual, por sua vez, contém relatório e fundamentação bastante para justificar a aplicação da pena de multa.

c) Trata-se da denominada motivação 'per relationem', ou seja, motivação por referência, mediante a qual se permite à autoridade que profere a decisão valer-se na íntegra das razões lançadas em parecer.

2) APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."

(Agravo em Recurso Especial n.º 657.957-PR, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, trecho da decisão monocrática, DJe de 29.5.2015)

Por fim, caso algum dos licitantes em questão (VAP Construções Ltda. e LAPORTE Engenharia Eirelli) se socorra ao Poder Judiciário, se a decisão judicial lhe for favorável, o Ilustríssimo Senhor Secretário de Infraestrutura e Serviços Públicos (SEINFRA) deverá cumpri-la integralmente, pois sua decisão administrativa foi "substituída" por uma decisão judicial, não respondendo, em qualquer situação, por irregularidades decorrentes disso.

Ante ao exposto, opinamos pelo DESPROVIMENTO do recurso de representação oferecido pela empresa VAP Construções Ltda.

É o parecer.

Limoeiro do Norte-CE, 20 de agosto de 2018.


Dominges Eduardo Bezerra Lins,
Subprocurador Geral do Município


Eriano Marcos Araújo da Costa,
Procurador Geral do Município.