



DECISÃO ADMINISTRATIVA



Concorrência 04/2018

Objeto: concessão de serviço público de estacionamento rotativo de veículos automotores nas vias e logradouros públicos do município de Pouso Alegre, Estado de Minas Gerais, com disponibilização de *software*, equipamentos, sinalização, meios de pagamento, materiais e mão de obra

Vistos, etc

Versam os autos sobre representação da licitante EXPLORA PARTICIPAÇÕES TEM TECNOLOGIA E SISTEMA DA INFORMAÇÃO S/A (“EXPLORA”), inscrita no CNPJ sob o n. 10.483.781/0001-76, em face do indeferimento do recurso administrativo interposto.

Afirma a representante que a Administração Pública pode rever seus próprios atos quando ilegais, quais sejam: i) desobediência ao instrumento convocatório, em face de esclarecimento realizado pela Comissão de Licitações; ii) incompetência do profissional detentor dos atestados para os serviços que compõem as parcelas de maior relevância e valor significativo; iii) ausência de aptidão técnica da licitante para o exercício das atividades do inciso II do item 8.5.2 do edital. É o que havia a relator. Passo a decidir.

Recebo a representação, pois tempestiva, e, no mérito, nego-lhe provimento, uma vez que os fatos alegados já foram objeto de apreciação quando do julgamento do recurso interposto, assegurado o contraditório e a ampla defesa, tendo a representante o nítido propósito de inovar a pretensão recursal¹.

A título de esclarecimento, registre-se:

¹ Lei 9.784/99, Art. 63. § 2º O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal. **desde que não ocorrida preclusão administrativa.**



1. Alega a representante que a Administração Pública prestou esclarecimentos no sentido de que seria necessária a apresentação de certidão de acervo técnico pelos licitantes, além do fato de que os atestados de capacidade técnica profissional deveriam ser registrados na entidade profissional competente. Pois bem.

Na data de 17 de julho de 2018, a Sra. Franciane da Silva solicitou pedido de esclarecimentos acerca dos itens 8.5.1 e 8.5.2 do edital. No caso, questionou-se se o registro da empresa poderia ser limitado ao CRA – Conselho Regional de Administração – e se o atestado do item 8.5.2 seria vinculado à empresa e ao profissional, nos seguintes termos:

Este Atestado será vinculado a empresa e ao profissional?
Se temos a possibilidade de contratação futura o nosso entendimento é que não há obrigatoriedade na vinculação, este entendimento está correto?.

No caso, a Administração Municipal deixou clara a necessidade de o registro na entidade profissional competente se vincular ao objeto principal da licitação (Conforme TCU 450/2001 – Plenário - item 8.2 c/c o art. 7º, “b”, da Lei n. 5.194/1966 c/c 12.378/10, art 2º, parágrafo único, V), de sorte que o registro no CRA, por si só, não supriria a exigência editalícia para habilitação. Além disso, foi realizada a distinção entre a capacitação técnico operacional e a profissional, nos termos dos itens 8.5.2 e 8.5.3.

Com efeito, o citado esclarecimento não inovou os termos editalícios, haja vista que menciona o acervo **de profissional registrado no CREA ou CAU** (repise-se: de profissional registrado) e não que a licitante deveria apresentar certidão de acervo técnico, além de mencionar que: “[...] Deste modo, **comprovando-se a capacidade profissional em trabalho anterior, detentor de atestado de capacidade técnica por execução de serviço com características semelhantes de complexidade equivalente ou superior, restará preenchido o referido requisito** (negritou-se)”.

A referida resposta foi dada no sentido de eliminar eventuais dúvidas interpretativas acerca do item 8.5.2 e se o atestado exigido dizia respeito à empresa ou ao responsável técnico, o que ensejou na referida resposta.

Repise-se que o próprio nome do instituto – Pedido de Esclarecimento – já delimita sua utilização. Trata-se de esclarecer eventuais dúvidas formais que constem do



edital, como, por exemplo: disposições com redação ambígua, obscura, contida, lacunosa, etc. Conforme Marçal Justen Filho:

A força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital. Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras) haverá vinculação. **Isso não abrange, no entanto, inovação no edital**² (grifou-se).

No mesmo sentido de que o caráter vinculante dos esclarecimentos refere-se à interpretação a ser adotada, Jessé Torres Pereira assevera que:

No campo das licitações, o pedido de esclarecimentos não se confunde com o direito de impugnar o ato convocatório. O primeiro apenas pretende escoimar dúvidas decorrentes de eventual ou suposta ambiguidade do texto [...]. As respostas aos pedidos formulados [...] vinculam a Administração e os licitantes, **entendendo-se por vinculação o dever jurídico de aplicar-se a orientação da resposta dada** em tese a todos os casos concretos que se apresentarem no curso do procedimento. É que **tais orientações veiculam a interpretação que a Administração tem por correta de normas e condições editalícias**, sobretudo quando existir mais de uma interpretação possível³ grifos.

A decisão da CPL, portanto, encontra respaldo na doutrina balizada e na jurisprudência da Corte de Contas da União, que, em ampla referência aos ensinamentos de Marçal Justen Filho, assevera que os esclarecimentos vinculam no tocante à interpretação a ser dada a determinada cláusula editalícia ambígua ou que possa apresentar dúvidas – jamais em modificações do texto convocatório⁴.

Sem prejuízo, caso houvesse alguma inovação do edital pela Administração Pública, deveriam os licitantes ter utilizado da faculdade de impugnação do mesmo. A ausência de utilização da via adequada e de impugnação do edital por parte da representante, bem como a ausência de republicação do instrumento convocatório contendo a retificação do edital, corrobora o entendimento de que as exigências do edital foram mantidas por serem medidas de direito. Como é cediço, todo procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na forma e nos prazos preconizados na lei, ultrapassada uma fase,

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 768.

³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé. Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação. São Paulo: Editora NDJ, 2012, p. 58-59.

⁴ TCU – TC n. 031.114/2013-0, Plenário.



preclusa fica a anterior, sendo defeso, a exigência na (fase) subsequente, documentos ou providências pertinentes àquela já superada.

Com efeito, a preclusão, no sentido lato, exprime a ideia de: a) extinção de um poder e b) perda de uma faculdade para a parte em razão do fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício. Reforça-se que 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 abduque 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.

É por isso que a Lei geral de Licitações (8.666/93) determina que a não realização da impugnação nos termos da legislação importará na decadência do direito de realizá-lo, nos termos do artigo 41, §2º do referido diploma legal, que, inclusive, dá ensejo à perda do direito de concessão de eventual mandado de segurança:

Art. 41. § 2º **Decairá do direito de impugnar os termos do edital** de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (negritou-se).

Não tendo a representante impugnado o edital no prazo legal estabelecido – por ter entendido que a Administração inovou nos termos do edital com a resposta aos



esclarecimentos – decaído está seu direito de posteriormente se insurgir em face de disposições editalícias, por ser sido operada a preclusão temporal. Ademais, acrescenta-se que ocorrera a preclusão lógica quando a representante **aceitou os requisitos do edital por ocasião da apresentação de sua proposta**. Nesse sentido é o que dispõe o item 26.9 do edital:

26.9.A participação nesta licitação, em qualquer de suas fases, **implica a plena aceitação de todas as suas cláusulas e condições.**

De acordo com o instrumento editalício, a participação no certame implica aceitação de todas as suas cláusulas, não sendo lícito à representante querer inovar seus termos com o intuito de inabilitar seu concorrente: Nos casos de ausência de impugnação do edital, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ já se manifestou 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).

Diante da ausência de impugnação do edital em tempo hábil pela representante, ainda, diante da concordância com os termos do instrumento convocatório por ocasião da apresentação da proposta, não restam dúvidas acerca da operação da preclusão para a pleitear questionamentos em face das condições objetivamente definidas no edital. Conforme jurisprudência do TJMG:

[...] Pode o Edital de Licitação ser impugnado por quaisquer dos participantes do Certame, no prazo previsto no parágrafo segundo, do Artigo 41, da Lei nº. 8.666/93, **sujeitando-se os Licitantes que não o fizerem oportunamente, contudo, aos efeitos da Decadência.** Isso porque os prazos para impugnação do Edital por parte do licitante não podem permanecer em aberto ad eternum, sob pena de se instalar a insegurança nas relações jurídicas geradas pelo ato convocatório. - Tendo a Autora optado, de forma espontânea e voluntária, por participar de Processo Licitatório cujas regras - dentre elas o tipo de atividade a ser desenvolvida no local e o valor da tarifa a ser paga à Empresa Pública Concedente pelo uso do espaço - estavam previamente definidas, de forma absolutamente clara e expressa, no Edital, que, se repita, não foi alvo de qualquer Impugnação, não lhe é dado, após sagrar-se vencedora no Certame, buscar, pura e simplesmente, uma redução da ordem de 50% no valor da Tarifa de Uso. - Tratando-se de Sentença sem natureza condenatória, os honorários devem ser fixados consoante apreciação equitativa do Magistrado, nos termos do art. 20, §4º, do CPC. (TJMG - Apelação Cível 1.0079.12.037233-3/004, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/09/2015, publicação da súmula em 10/09/2015)



[...] Evidenciado que a atividade atestada pela empresa, é similar ao objeto descrito no subitem 3.3.1 do edital, pois consiste na prestação de serviço de transporte escolar e excursões em caráter não eventual, similaridade admitida pela Lei 8.666/93, art. 30, inciso II, **não há falar em desobediência à ao edital, bem como em violação aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.** - Conforme art. 41, §2º, da Lei 8.666/93, **as matérias de impugnação dos termos do edital, devem ser apresentadas até o segundo dia que anteceder a abertura dos envelopes da habilitação em concorrência, sob pena de decadência do direito do licitante à referida impugnação.** - [...] (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.16.031008-2/001, Relator(a): Des.(a) Yeda Athias, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/10/2016, publicação da súmula em 19/10/2016)

2. Assim sendo, como se extrai do item 8.5.3 do edital, não se exigiu que o profissional vinculado ao quadro técnico da licitante seja afeto ao ramo da engenharia e nem que o atestado do responsável técnico seja acompanhado da CAT, não sendo lícito à Administração ampliar suas disposições, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º e 41, Lei 8.666/93), bastando que comprove experiência anterior em serviços similares. Convém lembrar ainda que é pressuposto inquestionável do Estado Democrático de Direito a sua subordinação ao ordenamento jurídico vigente e, como notório, no âmbito da Administração Pública, tal pressuposto se traduz na observância dos seguintes princípios:

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 da **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** (...) (Grifo nosso).

No âmbito específico das licitações e contratos administrativos, a Lei n. 8.666/93 consagrou expressamente em seu artigo 3º os seguintes princípios:

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. (Grifo nosso).



Do exposto acima, depreende-se que a atividade administrativa deve ser exercida em absoluta conformidade com a lei e com os princípios inerentes. Das premissas licitatórias, extrai-se que a Administração Pública e os Licitantes estarão vinculados às regras editalícias estabelecidas para que não haja arbítrios e desigualdade de tratamento entre os licitantes. Este princípio pode ser verificado no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93: “**A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada**”. O edital, neste caso, torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, qual seja, o da inalterabilidade do instrumento convocatório.

Em sendo lei, o edital com os seus termos atrelam tanto à Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto às concorrentes – sabedoras do inteiro teor do certame. De fato, em regra, depois de publicado o Edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações até findo o certame, proibindo-se a existência de *cláusulas ad hoc*. Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

A Administração e as licitantes ficam restritas ao que lhes é solicitado no edital, quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato. Todos os atos decorrentes do procedimento licitatório, por óbvio, vincular-se-ão ao contrato. Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, no que se refere ao instrumento convocatório, ensina:

É a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”⁵.

⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*, 2007, p.416



A fixação das condições de participação do certame tem a finalidade de minimizar a existência de surpresas no procedimento, vez que as partes tomaram ciência de todos os requisitos, ou previamente estimaram o conteúdo das propostas, formulando-as de acordo com os princípios de isonomia e competitividade. Desse modo, perceptível que os licitantes engajados no procedimento devem ter um tratamento adequado e igualitário, onde não haja imprevisões de qualquer espécie. Senão, vejamos o aresto adiante:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É entendimento correntio na doutrina, como na jurisprudência, que o Edital, no procedimento licitatório, constitui lei entre as partes e é instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

A administração, segundo os ditames da lei, pode, no curso do procedimento, alterar as condições inseridas no instrumento convocatório, desde que, se houver reflexos nas propostas já formuladas, renove a publicação (do Edital) com igual prazo daquele inicialmente estabelecido, desservindo, para tal fim, meros avisos internos informadores da modificação.

Se o Edital dispensou às empresas recém-criadas da apresentação do balanço de abertura, defeso era à Administração valer-se de meras irregularidades desse documento para inabilitar a proponente (impetrante que, antes, preenchia os requisitos da lei).

Em face da lei brasileira, a elaboração e assinatura do balanço é atribuição de contador habilitado, dispensada a assinatura do Diretor da empresa respectiva. Segurança concedida. Decisão unânime." (STJ, MS nº 5.597/DF, 1ª S., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 01.06.1998).

O edital, no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.



Conforme foi demonstrado acima, os esclarecimentos apresentados não tem o condão de alterar exigências essenciais do edital. Pelo próprio nome do instituto, questionamento tem a finalidade de esclarecer dúvidas quanto às exigências.

Desta feita, salvo mediante impugnação do edital, conforme determina a legislação, não se faz lícito alterar exigências essenciais do edital mediante simples questionamento. É jurisprudência pacífica no STF no sentido de que a consideração de padrões distintos do edital implicaria em violação ao princípio do instrumento convocatório, sendo vedado à Administração a ampliação de suas cláusulas, *verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SENTIDO DE SUAS CLÁUSULAS. ART 37, XXI, CB/88 E ARTS. 3º, 41 e 43, V, DA LEI N. 8.666/93. CERTIDÃO ELEITORAL. PRAZO DE VALIDADE. CLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE E DAS EMPRESAS LITISCONSORTES PASSIVAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito. 3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RMS 24555 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00014 EMENT VOL-02227-01 PP-00185)

Portanto, caso a representante entendesse pela necessidade da exigência de registro na entidade profissional competente acompanhada da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico – deveria ter se insurgido mediante impugnação contra a disposição editalícia, uma vez que “*o silêncio do interessado acerca do vício do edital acarreta-lhe a impossibilidade de argui-lo posteriormente. Qualquer vício deve ser objeto de imediato protesto por parte do licitante, sob pena de o silêncio constituir obstáculo a posterior questionamento*”⁶. Isso se extrai da própria redação do já mencionado item 26.9 do edital, que aduz que a participação no certame **implica aceitação de todas as cláusulas**.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativo. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 771.



3. Por fim, o atendimento acerca do item 8.5.2, II pode ser retirado às fls. 1730/1739 do processo administrativo em epígrafe, tendo sido objeto de amplo debate e fundamentação.

Diante de todo o exposto, recebo a representação, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Pouso Alegre/MG, 10 de outubro de 2018.

Leandro Corrêa de Oliveira

Superintendente de Gestão de Recursos Materiais