



PARECER JURÍDICO

Concorrência Pública nº 05/2023

Processo Administrativo nº 173/2023

Ementa: LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DECISÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE PELA INABILITAÇÃO DE LICITANTE. AUTOTUTELA. RECURSO ADMINISTRATIVO. INCONFORMISMO DA EMPRESA INABILITADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO A QUO.

I. OBJETO

Trata-se de consulta formulada pelo Ilmo. Chefe de Gabinete, por meio da qual solicita análise jurídica quanto ao recurso interposto pela empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. em face da decisão prolatada pela Ilma. Secretária Municipal de Saúde – nos autos da Concorrência Pública nº 05/2023, Processo Administrativo nº 173/2023, cujo objeto é a “*Contratação de empresa para construção da unidade de pronto atendimento do bairro São João*” – que, no exercício da autotutela, inabilitou a empresa Recorrente. Este parecer, de caráter opinativo, busca subsidiar a decisão do Exmo. Prefeito Municipal.

Nos termos da Portaria n. 02/2023 da Superintendência Municipal de Gestão de Recursos Materiais, que delega competência para esta Assessoria Jurídica em procedimentos licitatórios, c/c artigos 3º e 4º, inciso II da Lei Municipal 5.881/2017, o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos.

II. DO RELATÓRIO

1. Compulsando os autos da Concorrência Pública nº 05/2023, verifica-se que inicialmente foi declarada vencedora a licitante Marco Zero Construção Indústria e



Comércio Ltda. Todavia, o certame não foi homologado pela Secretária Municipal de Saúde.

2. Isso porque se teve ciência de que em outro processo licitatório (Concorrência Pública nº 08/2023) a empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. não foi habilitada pela inadequação da Certidão de Acervo Técnico com Registro de Atestado nº 3058907/2023.

3. No mencionado certame foi solicitada diligência no atestado e a equipe técnica constatou o seguinte:

Foi realizada reunião com os engenheiros Alfredo e Renan, responsáveis pela equipe de obras da BIOLAB para esclarecimento das dúvidas da equipe técnica. Não foram apresentados projetos executivos devido à política de sigilo da empresa, por esse motivo, também não foi permitida a entrada dos representantes da empresa concorrente do processo licitatório, RC Borges.

Durante a reunião, foi constatado que a empresa Marco Zero é responsável pelo fornecimento de concreto e pelos serviços de concretagem, **mas não é responsável pelo fornecimento e montagem dos elementos pré-fabricados**, incluindo pilares, vigas e lajes alveolares.

4. Insta observar que na Concorrência Pública nº 05/2023 foram exigidos atestados de capacidade técnico-operacional dos itens averiguados na diligência mencionada acima (fornecimento e execução pilares, vigas e lajes alveolares pré-fabricados).

5. Diante da fase em que se encontrava o processo licitatório – posterior à habilitação e antes da homologação e adjudicação – o procedimento foi para parecer jurídico. Na ocasião, a Assessoria de Assuntos Jurídicos concluiu o seguinte:

CONCLUI-SE que, ante as especificidades do caso, deve-se decretar a nulidade da habilitação da empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda., respeitando o contraditório e a ampla defesa. Ratificada tal decisão, RECOMENDA-SE convocar os licitantes remanescentes, na



ordem de classificação, para manifestar interesse em assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório; em caráter subsidiário a decretação de nulidade de todo o certame é medida que se impõe.

Em todo o caso, deverá ser apurada a responsabilidade da empresa quanto à autenticidade dos documentos apresentados na fase de habilitação.

6. A autoridade competente acatou a recomendação. Eis o teor da sua decisão (publicada no Diário Oficial dos Municípios Mineiros no dia 17/11/2023, edição 3644):

A Secretária Municipal de Saúde, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 72, § 1º, “f”, da Lei Orgânica Municipal e o art. 1º do Decreto Municipal nº 4.735/2017;

CONSIDERANDO a opinião legal e a fundamentação jurídica do Parecer nº 43.2023/AAJ;

CONSIDERANDO a Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal; resolvo

Declarar a **nulidade** do ato de habilitação da licitante Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. no processo licitatório Concorrência Pública nº 05/2023, haja vista a inadequação do atestado de capacidade técnica, conforme diligenciado nos autos da Concorrência Pública nº 08/2023;

Em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, fica facultada à empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. a apresentação de defesa e documentos comprobatórios no prazo impreritível de 5 (cinco) dias úteis, na sede da Superintendência Municipal de Gestão de Recursos Materiais. Os autos do processo licitatório estão disponíveis para consulta.

7. A empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda., discordando da decisão, interpôs recurso administrativo. Abaixo a síntese dos pontos aventados:

- (i) Nulidade na utilização de prova emprestada sem concordância da recorrente;
- (ii) Regularidade do atestado apresentado pela empresa recorrente;
- (iii) Formalismo exacerbado e desrespeito à vantajosidade em prol da Administração Municipal;



- (iv) Indaga quanto aos “*critérios de julgamento do atestado técnico*”;
- (v) Aduz inobservância ao edital e à lei.

8. Ao fim requer “*provimento às suas razões, revogando a decisão combatida em todos seus termos, com a manutenção da Recorrente devidamente CLASSIFICADA, HABILITADA e VENCEDORA do certame*”.

9. É o relatório.

III. DA ANÁLISE JURÍDICA

De início, registra-se que foram oportunizados o contraditório e a ampla defesa à empresa, como faz prova o próprio recurso por ela interposto, no qual teve a oportunidade de apresentar razões de fato e de direito e documentos comprobatórios. Mas não é só, na Concorrência Pública nº 08/2023 foi realizada diligência e solicitadas informações e documentos à licitante, após apuração técnica é que se concluiu “*que a empresa Marco Zero é responsável pelo fornecimento de concreto e pelos serviços de concretagem, mas não é responsável pelo fornecimento e montagem dos elementos pré-fabricados, incluindo pilares, vigas e lajes alveolares*”. Do ponto de vista procedimental, pois, estão atendidas as balizas constitucionais prescritas no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Outro ponto a se considerar preambularmente é a adequação jurídica da decisão em termos teóricos (sem adentrar ao mérito da demanda). A fase de homologação reivindica a análise acerca da adequação do certame. De acordo com Victor Aguiar Jardim de Amorim:

A homologação é o ato de controle pelo qual a autoridade competente, a quem incumbir a deliberação final sobre o julgamento, concorda e confirma os atos realizados pela comissão de licitação ou pelo pregoeiro.

A autoridade competente deverá ser hierarquicamente superior à comissão de licitação e ao pregoeiro, a qual, em regra, é aquela



que determinou a abertura da licitação, mas poderá ser qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei.

A concordância refere-se a dois aspectos: à legalidade dos atos praticados pela comissão de licitação e à conveniência de ser mantida a licitação (FURTADO, 2015, p. 268) (*Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2018, p. 136).

Dessa feita, se constatada irregularidade pela autoridade competente, é dever-poder o exercício da autotutela (súmula 473 do STF), não havendo de se falar em preclusão, até porque a nulidade é matéria de ordem pública, sendo passível de conhecida a qualquer tempo, e são competências autônomas a da Comissão Permanente de Licitação e a da autoridade superior (contratante).

A preclusão ocorre, todavia, em face do Recorrente. Ao longo do processo licitatório é oportunizado, nos termos da lei, impugnar ou pedir esclarecimentos quanto ao edital; recorrer contra a decisão de habilitação de outro licitante; e, até mesmo, se irrisignar quanto à formulação das propostas:

[...] 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) [...] 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. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitações, questões*



de ordem pública e preclusão. *Direito do Estado*, n. 139. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/licitacoes-questoes-de-ordem-publica-e-preclusao>>

Dito isso, passamos ao exame do recurso interposto, analisando: (i) a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional; (ii) o atestado apresentado pelo recorrente; (iii) a possibilidade de utilizar prova emprestada; e (iv) as regras e princípios aplicáveis ao caso.

O edital de licitação assim prevê como requisito para a habilitação técnica:

3.4.1.9.6. Comprovação da capacidade técnico-operacional, por meio de atestado(s) emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que a empresa executou serviços(s) com característica(s) semelhante(s)/similar(es) ao objeto ora licitado. O(s) atestado(s) de capacidade técnico-operacional deverá(ão) comprovar a execução no quantitativo mínimo dos itens de maior relevância abaixo listados, em observância à Súmula 263 do TCU:

ITEM	DESCRIÇÃO	QUANTIDADE	UNIDADE	PERCENTUAL EXIGIDO
6.3.4.1 e 6.9.4.3	FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DE LAJE ALVEOLAR	221	M3	50%
6.2.4.1 e 6.3.3.1	FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DE VIGAS PRÉ-FABRICADAS	74	M3	50%
6.3.1.1	FORNECIMENTO E EXECUÇÃO DE PILARES PRÉ-FABRICADAS	41	M3	50%

A empresa Recorrente apresentou, visando atender a essas exigências, a Certidão de Acervo Técnico com Registro de Atestado nº 3058907/2023 emitida pelo CREA-MG. Num primeiro momento, a empresa foi habilitada pela Comissão Permanente de Licitação.



E nesse ponto, convém esclarecer os critérios utilizados para análise da documentação. A análise realizada prioriza: autenticidade do documento, validade e regularidade. No que se refere ao teor dos atestados, orienta-se com base na presunção de boa-fé. Inexistindo atos pregressos capazes de sugerir a inadequação do atestado e ausentes sinais e indícios que permitam tal conclusão, a orientação é por habilitar a empresa.

Sem embargo, no interregno após a habilitação e antes da adjudicação, a equipe técnica constatou a inadequação da mesma Certidão de Acervo Técnico com Registro de Atestado nº 3058907/2023 emitida pelo CREA-MG em diligência realizada na Concorrência Pública nº 08/2023.

Que fique claro, não se está em questionamento se a Certidão de Acervo Técnico especificada foi emitida pelo órgão de classe de forma regular, mas sim a adequação do seu teor (que é baseado em informações preenchidas pelo profissional).

A presunção de boa-fé persiste até que haja questionamento. Uma vez impugnada referida certidão, foi realizada diligência (respeitando o contraditório e a ampla defesa) e a equipe técnica se posicionou justificadamente pela inabilitação da empresa. Repita-se:

Foi realizada reunião com os engenheiros Alfredo e Renan, responsáveis pela equipe de obras da BIOLAB para esclarecimento das dúvidas da equipe técnica. Não foram apresentados projetos executivos devido à política de sigilo da empresa, por esse motivo, também não foi permitida a entrada dos representantes da empresa concorrente do processo licitatório, RC Borges. Durante a reunião, foi constatado que a empresa Marco Zero é responsável pelo fornecimento de concreto e pelos serviços de concretagem, mas não é responsável pelo fornecimento e montagem dos elementos pré-fabricados, incluindo pilares, vigas e lajes alveolares.



Naquela oportunidade sequer houve recurso quanto à decisão de inabilitação em vista da não comprovação da capacidade técnica em relação aos mesmíssimos itens constantes neste certame: fornecimento e execução de laje alveolar; fornecimento e execução de vigas pré-fabricadas e fornecimento e execução de pilares pré-fabricados.

A conclusão da unidade técnica nos parece irretocável isso porque a própria Recorrente confessa que não fornece e executa tais serviços. *In verbis*:

Nem a Recorrente e nenhuma das empresas participantes do certame fabrica, fornece ou monta as estruturas pré-moldadas, mas contrata empresas especialistas que o fazem, sob sua supervisão.

Em que pese à confissão, resta saber se a prova produzida noutro certame pode ser utilizada neste para instruir a decisão de inabilitação combatida. Em seu recurso, a empresa Marco Zero Construção Indústria e Comércio Ltda. lança mão de julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, argumentando que:

O parecer exarado peca por não observar expressa determinação legal, que veda o uso de prova emprestada sem que haja a concordância de ambas as partes, o que NÃO OCORREU NO CASO VERTENTE E DESDE LOGO SE RECUSA DE FORMA EXPRESSA A ACEITAR A RECORRENTE.

Data maxima venia, o julgado citado é inaplicável ao presente caso. A uma, porque os documentos produzidos no processo de licitação são públicos (não sujeitos a sigilo); a duas, pois foi viabilizado o contraditório e a ampla defesa quanto à referida prova; a três, por previsão contida no Enunciado 20 da Controladoria-Geral da União; a cinco, por analogia ao prescrito no art. 372 do Código de Processo Civil; a seis, pelo princípio da supremacia do interesse público.

Ademais, a Administração Municipal deve guardar coerência entre seus atos. Não nos parece razoável que possa não habilitar uma empresa (após regular diligência) por



inadequação de um atestado num certame e habilitá-la em outro com base no mesmo atestado.

Aqui se trata inclusive de segurança jurídica, a fim de que o resultado da ação seja livre de incertezas, de perigos ou de danos e prejuízos, observadas as balizas do ordenamento, bem como da razoabilidade, ou seja, obedece-se a princípios e regras, e enfrenta circunstâncias concretas específicas, na qual inclusive restringe a ação estatal aos limites do comando normativo – legalidade administrativa (art. 37, caput, CR/88).

O atestado de capacidade técnico-operacional tem um propósito simples: garantir que a empresa tenha condições de executar a obra a contento, tendo prévia experiência e *expertise* para o adequado emprego de recursos públicos. Como se vê, a primazia do interesse público é o pano de fundo de todo o certame. Em sendo assim, só se pode concluir pela possibilidade jurídica de utilização da prova emprestada.

Avançando, ao Poder Público se aplica o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (art. 41 da Lei nº 8.666/1993). Se o edital exigiu “*fornecimento e execução*” de dados serviços, em diligência não ficou caracterizado o atendimento a tal requisito e o próprio licitante confessa que não fornece e executa os serviços cujo atestado era requisito para a habilitação, tem-se como acertada a decisão recorrida.

E vale frisar, tal julgamento não é discricionário. A Administração encontra-se vinculada aos critérios estabelecidos no ato convocatório (trata-se do denominado julgamento objetivo). Por tudo, tem-se que, sob nossa ótica, não assiste razão o Recorrente.

Em última análise, a decisão de inabilitação está respaldada nos princípios de vinculação ao instrumento convocatório, primazia do interesse público, legalidade administrativa e autotutela. A empresa recorrente, ao confessar que não fornece e executa os serviços exigidos pelo edital, não atendeu ao requisito essencial para habilitação, justificando a decisão recorrida.



Assim, sob a ótica apresentada, não assiste razão à recorrente, sendo a decisão da equipe técnica e a subsequente inabilitação plenamente justificadas e legítimas no contexto do processo licitatório.

IV. DA CONCLUSÃO

Isso posto, **OPINA-SE** pelo conhecimento do recurso/defesa e, no mérito, seja negado provimento; mantendo na íntegra a decisão recorrida.

É como parecer, s.m.j.

Pouso Alegre, 1º de dezembro de 2023.

