

A.A BUENO CONSTRUÇÕES - EPP

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE ERECHIM
À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES
ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE

Recorrente: A.A BUENO CONSTRUÇÕES – EPP.

Objeto: Recurso a Inabilitação.

Tomada de preços nº 015/2018.

Execução de Monumento Comemorativo aos 100 anos do Município.

A.A BUENO CONSTRUÇÕES – EPP, já qualificada, neste ato por seu representante legal, vem, na permissibilidade posta pelo artigo 41, parágrafo 2º da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações posteriores, recorrer à inabilitação de nossa empresa no processo licitatório acima descrito na licitação em epígrafe, o fazendo pelos fatos e fundamentos que seguem anexos e integrantes ao presente petição.

Do exposto, requer a vossa senhoria o recebimento e processamento, *ex vi legis*, do presente recurso, na revisão do item guerreado, ou a remessa a autoridade competente em grau superior, para proferir a decisão.

**Nestes Termos
Pede e Espera Deferimento.**

Erechim, 11 de outubro de 2018.

Protocolo nº <u>346/18</u>
Data: <u>11/10</u> Hora: <u>10:45</u>

Responsável/Sector Licitações Prefeitura Mun. de Erechim


A.A BUENO
Oswaldo Fantin
Sócio Administrador

RAZÕES FÁTICO-JURÍDICAS DO RECURSO

O Município de Erechim - RS, através da Tomada de Preços nº 00/2018, objetiva a contratação de empresa para a execução em empreitada global da execução de Execução de projeto de Execução de Monumento Comemorativo aos 100 anos do Município.

O edital, por previsão legal, faz lei entre as partes, nele prevendo, além das disposições constantes da lei de licitações, diversos critérios de habilitação e julgamento, vinculando a ele não somente os licitantes interessados em contratar com a Administração, mas também a própria Administração que não poderá agir/julgar de modo diverso à legislação.

A observância à lei principalmente a que rege a participação das microempresas e empresas de pequeno porte em licitações (123/06 alterada pela 147/14 e suas regulamentações) e ao instrumento convocatório a ela subordinado, é garantia, inclusive, da observância ao princípio da igualdade entre os licitantes.

Os licitantes interessados apresentam suas propostas com base na análise de todos os requisitos, exigências, detalhes previstos no edital, na intenção de serem vencedores do certame e contratarem com a Administração.

Contudo, embora com maior ou menor liberdade possam ser fixados requisitos de participação, existem requisitos mínimos que devem ser exigidos, observado, logicamente, a modalidade de licitação adotada pela Administração.

Por outro lado deve, imperativo, a administração evitar consignar nos editais requisitos sem finalidade objetiva, confusos, contraditórios, truncados, anti-isonômicos e desnecessários, que sirvam única e exclusivamente para causar incertezas aos licitantes e dificultarem ou frustrarem **uma maior participação de interessados**.

Ainda, os requisitos postos no edital tem a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa, como sendo aquela de menor preço e que reúna as condições mínimas de segurança para a administração.

A administração representada pela Comissão Permanente de Licitações em análise da documentação apresentada pela recorrente por ocasião da participação na Tomada de Preços supracitada, assim se pronunciou em sua Ata de julgamento datada do dia três de outubro de 2018:

*“.....julgamento da documentação das empresas participantes da Tomada de Preços 15/2018, sendo que restaram **INABILITADAS** as seguintes empresas: **A.A BUENO - EPP**, inabilitada por não apresentar a exigência do item 6.4, alínea “d” do edital, no que tange ao atestado de capacidade técnica contendo a parcela de maior relevância – **Solda TIG**.”*

Diz o edital no item 6.4 alínea “d” :

d) Atestado de "Capacitação Técnica", em nome dos RESPONSÁVEIS TÉCNICOS da empresa (indicados conforme letra "B"), registrado na entidade competente, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, de que executou, satisfatoriamente, contrato com objeto com características compatíveis com o ora licitado.

Obs.: No que tange aos atestados, as parcelas de maior relevância que serão analisadas no momento da verificação dos atestados de capacitação técnica serão as seguintes:

- Solda TIG;
- Impermeabilização com manta asfáltica;
- Concreto armado FCK 25Mpa

Efetivamente a lei de licitações em seu artigo 30 dispõe que a Administração ao exigir o Balanço Patrimonial relativa à qualificação econômica a fim de analisar a situação financeira do licitante determina o seguinte:

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

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- 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;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a:

- a) quanto à capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data da licitação, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra **ou serviço de características semelhantes**, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação vedado as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;
- b) (Vetado).

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica ou de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão prévia e objetivamente definidas no instrumento convocatório.

§ 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.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 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.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e a declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado).

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação u não, antecederá sempre à análise dos preços e seráe fetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais. (Grifos nossos)

No dizer de Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túlio Bottino In Manual Prático das Licitações, *Licitação não é apenas um ato, mas todo um complexo procedimento administrativo através do qual a administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa ao seu interesse - que é sempre o interesse público - com vista a algum contrato, em geral de aquisição, que pretenda celebrar.*

Mesmo assim a licitante apresentou ao lista e documentação de profissionais habilitados na forma da lei, pois foi a única a apresentar em seu quadro técnico permanente Engenheiro Mecânico alias o único profissional que poderia se fosse ao caso de a lei autorizasse o requerimento de atestado literalmente idêntico ao exigido pelo edital

Pois tendo a empresa alterada a inscrição no setor Tributário da União de MEI para EPP, procedeu ela ao levantamento de um novo balanço patrimonial, em data diversa daquela usualmente utilizada nos meios contábeis, e que melhor refletia a sua real situação Contábil em face de operação financeira realizada.

Estão no rol dos documentos apresentados pela recorrente os balanços patrimoniais assinados pelo responsável legal da empresa e seu contador. **E**

Nosso Pedido através deste é de que a douta Comissão de Licitações repare sua decisão e Habilite a recorrente na forma da lei para que continue sua participação isonômica nesta licitação sem a necessidade da busca de amparo judicial. **Pois acreditamos que a administração queira que o monumento alusivo aos 100 anos de emancipação seja inaugurado nos ano do centenário de emancipação municipal. O que sem dúvida não acontecerá se a douta comissão de licitações se aterem a requisitos meramente formais e inibitórios ao processo**

E para isto ainda ilustramos como base em textos e com a jurisprudência abaixo:

SÉRGIO RESENDE DE BARROS

Os Atestados na Licitação

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na federação brasileira, por contraposição direta às leis estaduais, distritais, municipais, editadas pelos estados, pelo Distrito Federal, pelos municípios, aplica-se o qualificativo federal a todas as leis editadas pela União, genericamente. Mas nem todas as leis desse gênero são da mesma espécie. De pronto se verifica que, das leis federais, algumas transitam para além da União, ao passo que outras não transitam. Há, pois, duas espécies básicas de leis federais: as transitivas e as intransitivas.

As leis federais intransitivas são leis da União para a União, mediante as quais ela se autogoverna e se auto-administra, cuidando imediatamente de seus próprios assuntos político-administrativos, sem repercutir – senão mediatamente, por reflexos inevitáveis – na estrutura federativa ou na convivência nacional. São leis "interna corporis" da União: não vão além dela. Exemplo típico é o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Nesse tipo de lei, a União legisla em seu próprio nome e, de modo exclusivo, para si mesma. São leis em que a União dispõe normas sobre si mesma. Este, o seu escopo legislativo, o seu fim imediato.

De outro lado, as leis federais transitivas também são leis da União, mas não para a União, exclusivamente. Transitam, em seu escopo legislativo, para a Nação ou para a Federação, o que torna possível subdividi-las em leis nacionais e leis federativas.

As leis nacionais são editadas pela União em nome do Estado Nacional. Têm por fim imediato – cuidando das relações sociais entre os indivíduos, nacionais e paranacionais - disciplinar a convivência deles no seio da Nação. Transitam para a Nação. Exemplo típico de lei nacional é o Código Civil. Também se enquadram nessa espécie – em função das normas que neles prevalecem – o Código Comercial, o Código Penal, o Código de Processo Civil, o Código de Processo Penal, bem assim como várias leis que cuidam da convivência nacional, quer em situação pacífica, quer em situação litigiosa, disciplinando-a em aspectos relevantes, tais como: a família, o casamento, o divórcio, a propriedade, a sucessão, a herança, a produção, o consumo, os contratos, as sociedades, as concordatas, as falências, as contravenções, os crimes, etc. Realmente, a essas leis que disciplinam a convivência nacional, assim entendida a coexistência pacífica ou litigiosa dos que convivem na sociedade nacional, cabe denominar leis nacionais. Tradicionalmente, desde a antiguidade romana, dois têm sido os prismas que, ora um, ora outro, preponderam na disciplina da convivência nacional, o público e o privado, em função dos quais se estabeleceu a milenar dicotomia do direito, perante a qual as leis nacionais podem ser, preponderantemente, ora de direito privado, ora de direito público.

As leis federativas são editadas pela União em nome do Estado Federal. São leis de direito público. Têm por fim imediato, transitando da União para outros entes federativos, penetrar na estrutura da Federação, para nela dispor instituições e institutos de governo e de administração, quer essenciais, quer acidentais à república federativa. Entre nós, a *símile* das outras federações, destinam-se à organização político-administrativa do Estado brasileiro, completando de certa forma – embora nem todas tenham a forma de leis complementares – o ordenamento jurídico básico que a Constituição confere à República Federativa do Brasil. O federalismo brasileiro é de duplo grau, declinando por dois degraus entre três patamares. Entre nós, a estrutura federativa suporta em três níveis de poder três repartições de competência: União, Estado e Município, entre as quais se insere ainda o Distrito Federal, como repartição "sui generis", em posição contígua, mas não idêntica à dos estados. Partindo da União, mas penetrando nessa triplíce estrutura, as leis federativas não são leis meramente internas. Com elas, a União não dispõe "interna corporis" exclusivamente, mas legisla "externa corporis" inclusivamente: para si mesma, mas também para os estados, o Distrito Federal e os municípios, ingressando no recinto da Federação, para aí ativar institutos e instituições de ordem pública e de teor político-administrativo. Pelo

que, tais leis realmente merecem chamar-se leis federativas, em função das normas que nelas prevalecem. Tipicamente federativa é a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Também é federativa a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, que dispõe sobre convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal para a concessão de isenções do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias. Essas são leis federativas de teor financeiro e administrativo. Também há outros teores, por exemplo, leis federativas políticas, como a Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, que estabeleceu normas para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital, realizadas em 3 de outubro de 1994.

Em síntese, a União legisla em três situações: em seu próprio nome, para si mesma, originando leis intransitivas; ou em nome do Estado Nacional, para disciplinar a convivência nacional, produzindo leis nacionais; ou em nome do Estado Federal, para aperfeiçoar a federação, produzindo leis federativas. Eis, sumariando, os três tipos básicos de leis federais, apurados em função da transitividade ou não da atividade legislativa da União: leis intransitivas, leis nacionais e leis federativas.

Cabe agora fazer a indagação que foi preparada pela exposição acima: – em qual desses três tipos se enquadra a Lei de Licitações e Contratos Administrativos?

Têm-se dito que a Lei nº 8.666/93 é uma lei nacional. Contudo, essa qualificação deve ser revista, com base nos conceitos acima expostos. Com efeito, atentando-se para a "mens" e o "corpus" dessa Lei, logo se vê que nela predomina a finalidade federativa: dispor institutos na estrutura da Federação.

Esse ânimo federativo, que enforma a "mens legis", está evidente desde o princípio, está confesso no primeiro artigo: "Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

No "corpus legis", conseqüentemente, predominam de forma avassaladora as normas – princípios e regras – destinadas a cumprir essa finalidade, a atender a essa "mens". Tal ânimo predomina tão fortemente, que a Lei chega a descer a minúcias tantas e tamanhas, que já se tem debatido a própria constitucionalidade de parte de suas normas, nas quais parece não se verificar o caráter de generalidade, indispensável para validar perante o ordenamento constitucional a legislação federativa que a União pode editar sobre licitação e contratação administrativas, em conformidade com o inciso XXVII do artigo 22 da vigente Constituição da República.

De qualquer maneira, posto de lado o debate doutrinário, porque não interfere na tipificação que ora produzimos, é indiscutível que – à vista da sua "mens", como do seu "corpus" – o estatuto brasileiro das licitações e contratações administrativas, consubstanciado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com as modificações que lhe foram introduzidas, é uma lei federativa e não uma lei nacional, pois nele prepondera imediatamente, como intuito e como fato, a disposição de institutos jurídicos na federação, ainda que mediamente, por meio de seus reflexos inevitáveis, essa disposição repercute na convivência nacional. Mas, o "animus legislandi" imediato, que domina a mente e o corpo da Lei, é evidentemente federativo, nos termos que acima definimos.

Seja ratificada aqui, portanto, a conclusão já tirada em estudo anterior: – a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, é lei federal, de ordem pública, de interesse administrativo, de repercussão federativa. Em síntese: é lei federativa. É lei federal, porque editada pela União, mas não é lei nacional, porque não visa imediatamente a disciplinar a convivência dos nacionais e paranações. Entretanto, isto sim, porque dispõe na federação, em cuja estrutura aperfeiçoa a licitação e a contratação administrativas, regulamentando o inciso XXI do artigo 27 da Constituição Federal (como consta de sua própria ementa), é lei federativa.



Dai, o seu rigor?

O rigor da Lei nº 8.666/93 chegou à penalose. Doença jurídica, afecção do Estado de Direito, enfermidade do direito penal, a penalose é a incriminação indiscriminada, consistente em transformar tudo em infrações penais para aterrorizar todos com punições penais. É o excesso do penalismo. No Brasil recente, "o excessivo uso de conceitos indeterminados" em matéria penal e a "excessiva criminalização das condutas" chegam "a ponto de todos os brasileiros poderem ser incriminados" em vista de certas leis. É o fruto de uma época de inflação legislativa penal, "em que se identifica um verdadeiro furor incriminatório, como se a criminalização de condutas fosse a panacéia para os males brasileiros". Dessa maneira, Vicente Greco Filho chama "furor incriminatório" o que chamo "penalose" e relaciona essa anomalia com o "direito penal de perseguição" repellido por Cesare Beccaria e a "inflação legislativa penal" referida em René Ariel Dotti.

Está aí a solução? Enrijecer a lei com a prepotência, resolve? A experiência histórica dos mais diversos regimes autoritários e totalitários já provou que não. A prepotência legislativa não gera a potência da lei, mas leis impotentes. Normas, ora, de difícil aplicação, ora, se aplicadas, ocasionadoras de injustiças, dada a abrangência generalizada dos conceitos indeterminados em que se apóiam. No fundo, o rigor formal e a exacerbação penal permitem diagnosticar que a insegurança do legislador e o desprestígio da lei se inserem na patologia social que tentam curar.

Contudo, a penalose e, em geral, o formalismo que afetaram o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos no Brasil não são, de forma alguma, conseqüências do fato de ser a Lei nº 8.666/93 uma lei federativa e, por isso, buscar extremado primor ou rigor na disposição dos institutos que insere ou disciplina na Federação brasileira. Não. O excesso federativo dessa Lei federal – que desce, até, a minúcias incompatíveis com o conceito de norma geral – nada tem a ver com o rigorismo formal e penal.

De fato, tal rigidez excessiva foi efeito de um momento histórico determinado. Aquele, situado na primeira metade da última década do século 20, em que a corrupção entrou em erupção no território brasileiro. Em reação, no ímpeto de contê-la, o legislador se deixou embalar pela ilusão da demasia legislativa, que no mais das vezes resulta em só rigor deletério, sem debelar o mal. Corrupção se combate com o controle e a fiscalização, corretos e corretivos. Não se cura um mal com outro mal: a penalose aterroriza a todos, mas não extirpa, bem ao contrário, extrema a degeneração das funções sociais e estatais, envolvendo no aluvião patológico a função legislativa, basilar da sociedade e, por isso, pinacular do Estado.

Naquele momento histórico, a insegurança do legislador e o desprestígio da lei foram demonstrados, à sociedade, pela saraivada de medidas provisórias que, imediatamente, atingiu a Lei nº 8.666/93, então recém-editada. Carlos Pinto Coelho Motta teve a paciência de arrolar os impactos legislativos e regulamentares que caíram desenfreados sobre a Lei nº 8.666/93 logo após sua vigência, comprovando que endurecimento não implica duração.

Logo após sua vigência, foi a Lei impactada pelas Medidas Provisórias: 351, de 16/9/93; 360, de 18/10/93; 372, de 17/11/93; 388, de 16/12/93; 412, de 16/1/94; 429, de 16/2/94; 450, de 17/3/94; 472, de 15/4/94. Repercutiu ainda na aplicação da Lei o novo Plano de Estabilização Econômica, introduzido pela Medida Provisória 434, de 28/2/94, e sucessivamente alterado por MPs, convertidas na Lei 8.880, de 27/5/94. Cite-se ainda a expedição do Decreto 1.054, de 7/2/94, sobre reajuste; do Decreto 1.070, de 2/3/94, sobre a regulamentação da Lei 8.248/91 (a Lei da Informática). Finalmente, foi sancionada a Lei 8.883, de 8 de junho de 1994, que alterou dispositivos da Lei 8.666/93.

Exatamente por isso – porque endurecimento não é duração, na medida em que não garante eficácia – o estatuto brasileiro de licitações e contratos administrativos reclama do legislador uma reforma, que já tarda. No entanto, mesmo sendo assim, não se pode negar à Lei nº 8.666/93 o mérito que ela tem, em pontos certos, nos quais dispôs formas necessárias a aperfeiçoar ou a garantir



o conteúdo. A história é a seqüência e a conseqüência dos momentos. Na seqüência de todos deve ficar a conseqüência de cada um. Mas, positivamente. Nesse curso, devem ser mantidos ou aprimorados os acertos, mas suprimidos ou corrigidos os erros do momento.

Um dos acertos da Lei nº 8.666/93 foi a exigência de registro dos atestados pelos quais se comprova a aptidão e se firma a responsabilidade técnica do licitante, com vistas voltadas para o bom desempenho das tarefas que serão necessárias à prestação de serviços ou à construção da obra, objeto do contrato em disputa.

Com efeito, o estatuto anterior – Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, republicado no Diário Oficial da União de 17 de setembro de 1987, atualizado pelos Decretos-leis nºs. 2.348, de 24 de julho de 1987, e 2.360, de 16 de setembro de 1987, e revogado inteiramente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – não impôs o registro do atestado. Nem sequer o mencionou. Basta ler a seção em que tratou da habilitação e, especificamente, o tópico da capacidade técnica. Apenas exigiu a "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, em quantidades e prazos, com o objeto da licitação" (nº 2 do § 2º do artigo 25) e, no tocante à documentação, somente dispôs que "os documentos poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada, ou publicação em órgão de imprensa oficial" (§ 5º do mesmo artigo 25). Cuidou tão-somente da autenticidade da cópia apresentada, mas não do registro do atestado. Autenticar é atividade puramente mecânica, simples conferência entre dois papéis, que cartórios ou repartições públicas fazem, independentemente de serem voltados especificamente para a atividade profissional versada no documento autenticado. Registro é algo mais que a simples autenticação: é controle, como veremos mais à frente.

Esse controle demanda conhecimentos profissionais no ramo em que versa o atestado, não se reduzindo à simples conferência de papéis. Visa a garantir a administração pública no que tange à procedência e coerência dos atestados, tendo em vista as condições irrestritas em que são admitidos, eis que podem ser fornecidos por quaisquer pessoas jurídicas, de direito público ou de direito privado, nacionais ou estrangeiras. Por isso, exatamente por esse motivo de relevante interesse público, teve o legislador, ao editar o novo estatuto de licitações, consubstanciado na Lei nº 8.666/93, a cautela de impor o registro. Não se trata, pois, de mera formalidade, inútil, que se enquadraria naquele tipo de formalismo deletério, que engessa a licitação e que criticamos na obra "Liberdade e contrato: a crise da licitação".

Justamente, por ser assim útil para a contratação administrativa e relevante para o interesse público, o registro dos atestados deve ser objeto de cuidados especiais por parte não só dos administradores e controladores das licitações e contratos administrativos, mas também da jurisprudência e da doutrina.

Ensaia uma contribuição de doutrina nesse sentido, particularmente, assim como também, e mais geralmente, colaborar para o aperfeiçoamento dos atestados de aptidão ofertados à administração pública pelos que participam de suas licitações ou com ela contratam, eis o escopo básico da presente obra.

A realização desse escopo mais geral impõe que, antes de tudo, seja feita uma síntese de como está posta a disciplina da aptidão pelo estatuto jurídico das licitações vigente no Brasil. Será, pois, esse, o capítulo a seguir.

2. A DISCIPLINA DA APTIDÃO

A disciplina jurídica da licitação declina hierarquicamente: constituição, lei, regulamento, edital. Os princípios constitucionais são completados por normas legais e regulamentares, acabadas por regras de edital. Pouco resta à doutrina e à jurisprudência, senão estudar e decidir a conformidade da licitação a essa malha normativa extremamente fina. Igualmente, ao administrador público, bem pouco resta, além de obedecer. Agravado pela penalose, esse excesso de regramento – hipernomação – tolhe a liberdade de contratar do administrador público brasileiro, vinculando-o estritamente.

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil estabelece o princípio da licitação no inciso XXI do seu artigo 37. Antes, assim no Império, como na República, o constitucionalismo brasileiro não abrigou no texto constituído a



obrigação geral de licitar. Nem sequer no contexto da constituição se poderia implicar essa obrigação. Pelo que se não podia arvorá-la em princípio constitucional. No entanto, na atualidade, trata-se de um princípio constitucional explícito, legível no texto constitucional, o que o enquadra entre os que denomino princípios constitucionais textuais, a fim de diferenciar de uma outra categoria de princípios constitucionais, correlatamente ditos contextuais, que não estão expressos no texto, mas não deixam de estar implícitos no contexto das normas constitucionais, sendo por essa maneira estabelecidos no ordenamento constitucional.

Assim, textualmente, no capítulo em que dispõe sobre a administração pública, a Constituição de 1988 estabeleceu 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 técnicas e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Desse dispositivo, decorrem – por imposição textual da Constituição – os seguintes princípios constitucionais que enformam o princípio da licitação: a igualdade de condição, a onerosidade da prestação, a efetividade da proposta, o comedimento da qualificação. Obviamente, a esses princípios, são acrescidos os outros, exarados no texto do caput, aos quais se subsumem ainda outros, impostos pela Lei.

O processo da licitação implica procedimentos sucessivos. De início se passam no interior da própria administração pública e, depois, no exterior. Ao que sucede chamá-los procedimentos internos (que terminam na elaboração do instrumento de convocação) e procedimentos externos (cujo término será a adjudicação ou, quando necessária, a homologação). A habilitação, para a qual se estabelece a disciplina da aptidão, é um desses procedimentos que integram o processo da licitação.

A habilitação é o procedimento administrativo externo, em que se reconhece a um determinado proponente a capacidade para participar de uma licitação determinada. Na verdade, a habilitação aperfeiçoa a aceitação do proponente pela administração pública, na medida em que esta o declara portador de capacidade jurídica, técnica, econômica, financeira, fiscal, para competir com os demais habilitados, na disputa do contrato objeto da licitação. A esse procedimento, alguns enfocam como fase e outros, como ato. Mas seja o fato como for – procedimento, fase ou ato – é igualmente chamado habilitação.

Dessa maneira, podendo ser enfocada de qualquer desses três ângulos (procedimento, fase, ato), a habilitação constitui um fato administrativo para cuja realização os administradores e os administrados estão vinculados estritamente à lei, agindo com parca discricionariedade.

Tal vinculação começa na Constituição da República e termina no edital da licitação. Mas, de permeio, passa por um feixe de normas regulamentadoras, em que sobressai a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na qual se consubstancia e baseia o vigente o estatuto jurídico das licitações e contratações administrativas brasileiras.

Na seção II do capítulo I, a Lei nº 8.666/93 cuida da habilitação nas licitações. A fim de provê-la de forma vinculada, principia por fixar os quatro temas básicos da documentação exigível, arrolados nos incisos do caput do artigo 27. Nesse rol temático, inclui a qualificação técnica, a par da habilitação jurídica, da qualificação econômico-financeira e da regularidade fiscal. O tema da qualificação técnica, no que respeita à documentação destinada a comprová-la, é tratado no artigo 30, cujo caput delimita, em quatro incisos, os documentos exigíveis.

Incisos tais, como estes – do artigo 27 e do artigo 30, bem como de outros artigos da mesma seção – denomino incisos capitais, porque integram o caput, e do mesmo modo se podem denominar quaisquer incisos que façam parte do caput de algum dispositivo.

Os incisos capitais do artigo 30, apesar de serem quatro, prevêem exigências de documentos que podem ser desdobradas em seis, perfazendo itens, aos quais se pode denominar: os tópicos de documentação da qualificação técnica. A saber:

- 1o – registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- 2o – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação;
- 3o – indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação;
- 4o – indicação da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- 5o – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- 6o – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Ao presente estudo, interessa o segundo dos itens acima, o tópico de documentação referido à comprovação de aptidão para desempenho compatível com o objeto da licitação, a que se refere a parte inicial do inciso II do artigo 30. Essa aptidão será comprovada mediante certidões ou atestados que se enquadram em duas categorias.

Primeiramente, uma categoria geral. Abrange todos os atestados ou certidões destinados a comprovar a aptidão para desempenho das atividades necessárias à execução do contrato posto em licitação. Tais documentos podem ser chamados, genericamente, certidões ou atestados de aptidão, ou certidões ou atestados de desempenho ou, como também se costuma chamá-los, peculiarmente, nos casos de obras e serviços, certidões ou atestados de capacidade técnica. A melhor designação para expressar essa categoria geral – e que, por isso, usaremos doravante – é certidão ou atestado de aptidão. O seu objeto tanto pode ser obras e serviços, quanto o fornecimento de bens. Repita-se: é a categoria geral.

Em segundo, uma categoria especial destacada dentro da geral. Compreende aquelas certidões ou atestados de aptidão que têm por objeto, especialmente, comprovar a capacitação técnico-profissional centralizada na pessoa (física) que será o responsável técnico pela execução do contrato, no caso de obras e serviços. Daí, a designação apropriada: certidões ou atestados de responsabilidade técnica.

Para a disciplina de tais comprovantes – tendo-se em vista que na sistemática normativa o caput enforma os parágrafos do mesmo dispositivo, seja para ser explicitado ou completado, seja para ser modificado ou excepcionado por eles – verifica-se que o inciso II do caput e os parágrafos do artigo 30 compõem o sistema normativo da comprovação da aptidão, consubstanciado nas seguintes regras:

1a – Sempre, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços e, quando for o caso, nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão será feita por certidões ou atestados, cujo conteúdo versará sobre o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

2a – Será sempre admitida a comprovação de aptidão por meio de certidões ou atestados de **obras e serviços similares de complexidade** tecnológica e operacional equivalente ou superior.

3a – As exigências concernentes à capacitação técnico-profissional para assumir a responsabilidade técnica pela obra ou serviço serão limitadas à comprovação, pelo licitante, de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, o profissional indicado como responsável, o qual deverá ser detentor de atestado de responsabilidade técnica, cujo conteúdo seja a execução de obra ou serviço de características **semelhantes ao objeto da licitação**.

4a – As características semelhantes exigidas do atestado de responsabilidade técnica serão limitadas exclusivamente às parcelas do objeto da licitação que tenham maior relevância e valor significativo para o julgamento, assim definidas



no instrumento convocatório, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

5a – 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 em lei, que inibam a participação na licitação.

6a – Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação de capacitação técnico-operacional, incluindo o indicado para responsável técnico, deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração pública.

7a – As certidões ou atestados de aptidão, incluídos os de responsabilidade técnica, serão fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

8a – As certidões ou atestados de aptidão, incluídos os de responsabilidade técnica, deverão ser devidamente registrados nas entidades profissionais competentes.

9a – O responsável técnico pelas obras e serviços contratados deverá ser profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente.

Aí estão as nove regras pelas quais se compõe o sistema normativo que disciplina a comprovação da aptidão e, como parte dela, da responsabilidade profissional, com vistas à habilitação nas licitações promovidas pela administração pública. Por cuidarem da habilitação no que concerne à qualificação técnica, são essas as regras da habilitação técnica, como assim podem ser ditas, para se distinguirem das que cuidam de outros temas ou setores da habilitação.

O presente estudo se elabora sob o ordenamento dessas regras. Inicialmente, tratará da comprovação da aptidão, em geral, versando três aspectos – o conteúdo, a autoria e o registro – do atestado. Posteriormente, por término do seu desenvolvimento, o estudo dedicará atenção à responsabilidade técnica, em especial, antes das considerações finais.

3. O CONTEÚDO DO ATESTADO

O atestado deve conter todas as informações necessárias e suficientes para que se possa, mediante comparação entre a obra ou serviço objeto do atestado e a obra ou serviço objeto da licitação, inferir a aptidão da proponente para a execução do contrato nos termos em que se propõe.

Esse cotejo entre o conteúdo do atestado e o conteúdo do contrato não poderá admitir por critério de comparação exclusivamente a igualdade ou equivalência entre ambos, mas deverá admitir também a similaridade ou analogia dos objetos. Tanto no original da Lei nº 8.666, de 21/6/93, quanto no texto modificado pela Lei nº 8.883, de 8/6/94, o § 3º do art. 30 proíbe a recusa da aptidão por similaridade, estipulando que "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." O legislador tornou imperativa essa admissão de similares para evitar discriminações consistentes na exigência de haver o proponente realizado obras ou serviços iguais, o que afastaria competidores que, mesmo não tendo ainda executado obra ou serviço igual ao objeto da licitação, podem executá-lo, por já haver executado similares. Assegurando os detentores de certidões ou atestados fundados na similitude, tratou de defender a isonomia do acesso e a competitividade do certame, princípios basilares da licitação, cuja inobservância a torna irremediavelmente viciosa. Mas, exatamente para não pôr em risco a isonomia e a competitividade, teve a prudência de – no inc. II do caput do mesmo art. 30 – exigir que a aptidão, à vista de contratos anteriores, seja comprovada pelo desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Como o caput domina o parágrafo, desde que este não seja excepcionante daquele, e como o § 3º não excepciona, mas complementa o inc. II do caput do art. 30, conforme evidencia a própria redação de ambos, nos quais aparece a mesma expressão – "comprovação de aptidão" – que os correlaciona,



resulta daí que a exigência de "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação" se aplica a todo e qualquer atestado ou certidão de desempenho, seja baseado na igualdade ou equivalência, seja baseado na similitude ou analogia das obras ou serviços.

Essa conclusão geral é inegável. Ora, uma tal exigência de comprovação referida especificamente a características, quantidades e prazos, somente poderá ser atendida por atestados ou certidões que sejam também especificamente detalhados, o suficiente para satisfazê-la. Esse detalhamento é necessário, indispensável, sob pena de não se atender à Lei. Aliás, agiu bem o legislador nesse ponto, pois a generalidade é incompatível com a comprovação. Afirmações genéricas e abstratas provam muito pouco. Toda prova realmente eficaz é específica e concreta: contém e demonstra particularidades suficientes para identificar e comprovar o fato a que se destina provar.

Logo, as certidões ou os atestados de aptidão ou de desempenho, com base seja na similitude, seja na equivalência, devem no seu conteúdo referir-se a contratos "in concreto", devidamente identificados pelos elementos que os individualizam: – as partes e o objeto, as principais obrigações e condições contratadas, até o preço e o prazo, o que for necessário para permitir que se possa inferir, em cada caso atestado, se as características, as quantidades e os prazos das obras ou serviços já realizados comprovam, efetivamente, a sua pertinência e compatibilidade com o objeto da licitação e, por esse modo concreto, específico e efetivo, garantir o interesse público que está em jogo na licitação, ao lado dos interesses privados nem sempre com ele condizentes.

Esse sentido de concretude e especificação, garantia e segurança, não se contrapõe às palavras do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ANTONIO ROQUE CITADINI:

O administrador há de encontrar, para cada caso concreto, uma maneira objetiva de aferir a capacidade técnico-operacional dos interessados, de forma a garantir a possibilidade de participação daqueles que tenham real capacidade potencial para desenvolver obras e serviços com a segurança que o interesse público requer, mesmo que ainda não tenham, principalmente no que se refere aos quantitativos. Nesse mesmo sentido caminha a doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO, Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, o qual alude à expressão qualificação técnica real, para designar a qualificação que deve ser investigada:

Alude-se, nessa linha, à qualificação técnica real. Significa que a qualificação técnica a ser investigada é não apenas aquela teórica, mas também a efetiva, concreta, prática. É a titularidade de condições práticas e reais de execução do contrato. Em vez de exame apenas teórico do exercício da atividade, as exigências se voltam para a efetiva condição prática de desempenhar satisfatoriamente o objeto licitado.

4. A AUTORIA DO ATESTADO

Obviamente, certidões ou atestados com essa precisão – que é a precisão requerida pela Lei, em defesa do interesse público – só podem ser fornecidos – como está implícito no § 1º do art. 30 – pela própria parte contratante, pessoa jurídica de direito público ou privado, porque esta é que fiscalizou e recebeu a obra ou o serviço objeto do atestado. Sem dúvida, quem está capacitado a certificar o desempenho do contratado na execução do contrato é o contratante. Se alguma pessoa atestar em lugar do contratante, sempre repousará dúvida sobre a possibilidade de vir este a negar o atestado, no todo ou em parte. Nem sequer a hierarquia justifica uma tal substituição, dado que nenhuma hierarquia é absoluta entre os humanos. As hierarquias são solúveis pelo tempo ou subversíveis por circunstâncias outras, a que não resistem, e a administração pública não pode ficar sujeita a uma tal relatividade dos atestados. Daí, que o contratante há de ser o autor direto do atestado ou, no mínimo, expressar-lhe o seu placet. O mesmo vale para os casos em que são muitos os contratantes, como parte de um só e mesmo contrato, devendo estar expressa a confirmação do atestado ou certidão por todos eles.

Pelo que, o emitente da certidão ou atestado deve deixar clara a condição em que emite o documento, de maneira tal, que permita aquilatar a validade – a autenticidade e a plenitude – da autoria, que resulta da concordância de quantos foram contratantes da avença certificada ou atestada. Isso, sob pena de escapar à mens do § 1º do art. 30.

Comprovar é provar, gerando evidência irrecusável. Não é simplesmente mostrar, mas demonstrar. A demonstração só pode e deve ser produzida mediante dados específicos e concretos, fornecidos por quem seja capaz e insuspeito para produzir o atestado. No caso dos contratos, pela pessoa que contratou e que está satisfeita com a prestação de serviços ou com a obra que recebeu.

Por tudo isso, admitir atestados genéricos e imprecisos, voltados para a generalidade e contendo um detalhamento insuficiente, inclusive quanto à exata condição em que o emitente assina o atestado, é burlar a prudência do legislador, abusando do pressuposto de admissibilidade por ele estipulado.

5. O REGISTRO DO ATESTADO

Exatamente, para assegurar a administração pública contra o inverídico, é que a Lei faz a exigência de que sejam os atestados "devidamente registrados nas entidades profissionais competentes" (art.). Não se exige o registro das certidões, que são dotadas de fé pública, suficiente para assegurá-las. Incide aqui a presunção relativa ("juris tantum") de veracidade, até prova em contrário. Pelo que se encampa a afirmação de que as pessoas jurídicas de direito público já obrigadas a aceitar as certidões lavradas por suas congêneres, não importa em que nível ou repartição da Federação. Mas, quanto aos atestados, o registro nas entidades profissionais competentes é indisponível. Não pode ser dispensado.

Trata-se de um requisito de confiabilidade inafastável, porque é norma de ordem pública, estritamente destinada à proteção do interesse público. Aplica-se "in casu", impecavelmente, o conhecido princípio da indisponibilidade do interesse público – princípio primário do direito administrativo, mas que generalizadamente alcança todo o direito: – aquilo que é de interesse público é indisponível. No caso, a indisponibilidade do registro visa a proteger, no quanto puder, a veracidade e a correção das informações prestadas à administração pública por atestados, que são fornecidos irrestritamente quanto a sua quantidade e procedência, por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, nacionais ou estrangeiras.

Tamanha é a preocupação do legislador com a veracidade e a correção dos dados, que o texto original da Lei nº 8.666/93 exigia serem os atestados "certificados" pela entidade profissional competente. Ou seja, exigia-se verdadeiramente uma certidão.

Essa designação era imprópria. De fato, a entidade profissional competente nada pode certificar – emitir certidão – sobre a boa execução de um contrato em que não foi parte contratante, como acima já se mostrou. Pode apenas registrar o atestado de bom desempenho emitido por outra pessoa jurídica de direito público ou privado. Por isso – por isso mesmo – o legislador alterou "atestados certificados" para "atestados registrados". Jamais teve em mente suprimir a exigência de anotação do atestado na entidade profissional competente.

Em verdade, a Lei nº 8.666/93 refere dois tipos de atestados: o atestado de aptidão ou atestado de desempenho, referente à pessoa jurídica construtora da obra ou prestadora do serviço, de que se fala no "caput" do § 1º do artigo 30, e o atestado de responsabilidade técnica, referente à pessoa (física) do profissional responsável pela obra ou serviço, mencionado no inciso I do § 1º desse mesmo artigo 30. Quanto aos atestados de desempenho, exige que sejam "devidamente registrados nas entidades profissionais competentes". Quanto aos atestados de responsabilidade técnica, exige que o seu detentor seja "profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente". Em ambos os casos, as exigências da Lei falam em entidade competente. No primeiro caso, entidade profissional competente para o registro do atestado de desempenho da pessoa jurídica. No segundo caso, entidade competente para o reconhecimento profissional. Portanto, cumpre discernir ambos os casos, porque

eles são diferentes: registro de atestado é uma coisa e reconhecimento profissional é outra coisa completamente diferente.

Primeiramente, considere-se o registro de atestados de desempenho ou aptidão relativos a pessoas jurídicas.

Já se mostrou acima que não se pode declinar, dispor, abrir mão desse registro. Decorrencia da aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Se for possível, o registro deve ser feito nas ordens e conselhos profissionais autárquicos (OAB, CREA, CRA, CRM, etc.) ou mesmo nos sindicatos, federações, confederações das respectivas categorias profissionais, de empregadores ou de empregados. Tudo, conforme seja o caso.

Contudo, nem sempre esse registro é assim possível, pois nem todas as profissões contam com tais ordens ou conselhos, sindicatos, federações, confederações. Mas, nem por isso se torna dispensável o registro do atestado de desempenho. Como fazê-lo, então?

Em verdade, há entidades profissionais que – mesmo não revestindo competência pública – revelam competência para registrar atestados, devidamente, por causa de sua imparcialidade e confiabilidade institucional. Trata-se de uma competência institucional que não decorre formalmente da personalidade jurídica de direito público, mas substancialmente da natureza público-associativa da instituição. Essas instituições são órgãos quase-públicos.

Na verdade, na substância, à vista da sua finalidade estatutária básica, são públicos pela sua acessibilidade associativa geral, caracterizando uma atuação institucional aberta. Meramente, na formalização jurídica, foram levados a adotar personalidade jurídica de direito privado, por não haver outra opção. É o caso de muitos institutos e associações de classe, que não devem ser confundidos com "institutos" ou "associações" restritos, sem acessibilidade associativa geral, desenvolvendo atividade institucional fechada, caracterizando-se verdadeiramente como empreendimentos de natureza privada, agindo e contratando obras e serviços, participando até de licitações, tal como empresas privadas.

Por isso, não basta que a entidade se chame instituto, ou associação, ou equivalente. É necessário que, efetivamente, por sua finalidade estatutária, não se destine a atividades privadas "stricto sensu", inacessíveis à associação de outros profissionais da mesma categoria. Não lhe pode faltar a acessibilidade associativa pública e geral, para todos os profissionais da categoria, o que tipifica uma atuação institucional aberta: quase-pública.

Da colaboração dessas associações e institutos quase-públicos, dotados de uma real competência institucional para registrar atestados, não pode o Poder Público abrir mão, no que sirva ao registro de atestados de desempenho, em função do próprio interesse público que está em campo no certame licitatório.

Por isso – também por isso – o legislador alterou "certificados" para "registrados", na Lei nº 8.883/94, modificando a Lei nº 8.666/93. Essa modificação teve em vista viabilizar aquela colaboração, ou seja, a colaboração das entidades que não podem certificar, mas podem registrar. Registrar é diferente de certificar, justamente porque, enquanto certificar é ato de competência pública, exclusiva dos órgãos públicos, registrar é ato de competência institucional, não exclusiva do Poder Público.

Aí está a verdadeira mens legislatoris: – não intenta proteger o interesse público apenas nos casos em que existam conselhos ou ordens profissionais, como o CREA e a OAB, ou sindicatos, federações, confederações. Mas, sim, em todo e qualquer caso, ao máximo possível.

Decorrentemente, a mens legis é a seguinte: – a expressão "devidamente registrados nas entidades profissionais competentes", encontrada no § 1º do art. 30 da Lei de Licitações, alcança não só as entidades profissionais que, constituídas com personalidade jurídica de direito público, detenham competência institucional pública, mas também entidades profissionais que, embora constituídas por formas de direito privado, tenham uma competência institucional quase-pública, merecendo a presunção de boa fé, que se traduz na confiabilidade de seus registros.



Portanto, a substituição do termo "certificados" por "registrados" somente confirmou a regra: – não é dispensável a intervenção da entidade profissional, para assegurar a correção e a veracidade do atestado. Se o legislador houvesse querido dispensar essa intervenção, simplesmente teria suprimido – em vez de alterar para registro – a primitiva exigência de certificação. Obviamente, se não fez a supressão, mas meramente corrigiu a imprecisão terminológica, mantendo a exigência, é porque ele entende que a intervenção da entidade profissional é rigorosamente indispensável. Nada autoriza pensar o contrário, nem dispensar uma exigência taxativa da Lei.

Por isso, com todo o respeito que merece o eminente Professor MARÇAL JUSTEN FILHO, hoje uma das maiores autoridades brasileiras em matéria de licitação, não é aceitável a premissa de que "a redação do § 1o do art. 30 demonstra que o legislador tinha em mente, ao disciplinar a capacitação técnica, exclusivamente as obras e serviços de engenharia", para dela ser retirada a conclusão de que "deve-se reputar inaplicável a exigência de 'registro' de atestados referidos a atividades relativamente às quais não haja um controle por parte das entidades profissionais competentes".

Ao contrário, o que a redação do citado dispositivo demonstra é que o legislador sempre teve em mente a melhor garantia do interesse público e, por isso, manteve a exigência de registro, meramente retificando um termo, que poderia haver suprimido, por ocasião da atualização da Lei nº 8.666/93.

Portanto, a exigência de registro é plenamente aplicável, conforme a maioria da doutrina reconhece.

Leia-se o respeitado Conselheiro ANTONIO ROQUE CITADINI do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Para comprovar sua aptidão para desempenhar o quanto exigido no objeto licitado, deverá o participante, no caso de obras e serviços, juntar atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, registrados nas entidades profissionais competentes.

Leia-se ainda o respeitável Professor JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, ex-Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. No item 227, especificamente intitulado "Comprovação de aptidão feita por atestados", em obra de comentários em que trata "Das Licitações Públicas" – afirma:

A comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, qualidades e prazos com o objeto da licitação, no caso de obras e serviços, será feita mediante atestados fornecidos por pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente...

Ainda deve ser lido o Professor CARLOS PINTO COELHO MOTTA, Adjunto de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Jurista entre os maiores na atualidade do direito de licitações, Carlos Motta – após citar as palavras do § 1o do art. 30 – afirma que o dispositivo que exige o registro do atestado nas entidades profissionais competentes "é perfeitamente coerente com a legislação que regula o exercício profissional" e, desse registro, toma – apenas a título de "exemplo" – a Anotação de Responsabilidade Técnica referente à engenharia, arquitetura e agronomia.

Do mesmo modo, o ínclito Juiz de Direito, JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, Conferencista de Direito Administrativo na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em sua substancial obra de comentários sobre licitações e contratos administrativos, ao aplaudir a substituição de "certificados" por "registrados", toma o registro no CREA apenas como exemplo, sem negar que, para os outros setores profissionais, também é indispensável o registro:

"A Lei nº 8.883/94 emendou evidente impropriedade da redação anterior do § 1o, ao substituir atestados 'certificados' por atestados 'registrados' nas entidades profissionais competentes. Com efeito, tais atestados de responsabilidade técnica (pela execução de obra ou serviço de engenharia, por exemplo) ficam registrados nos órgãos de controle do exercício das profissões (como no CREA, por exemplo).

Nesse mesmo diapasão, consoam demais autores, que não aventam a possibilidade de ser dispensado o registro do atestado. Seria enfadonho enfileirar aqui um extenso rol, que começaria desde os comentaristas que madrugaram na análise da Lei nº 8.666/93, imediatamente à sua edição.

Não resta dúvida, pois, de que o registro do atestado é exigência de ordem pública, envolvendo conveniência pública evidente e inegável. Pelo que se lhe aplica o princípio da indisponibilidade do interesse público: – o registro constitui um ato do qual não se pode dispor. Não há declinar do registro. Na verdade, só em uma hipótese não se poderia exigí-lo: "in extremis", visto que ninguém pode ser forçado ao impossível ("ad impossibilia nemo tenetur").

Assim, o registro do atestado só pode ser dispensado na hipótese extrema, em que não exista nenhuma entidade profissional em que registrá-lo. Frise-se: nenhuma, mesmo. Nem de natureza jurídica de direito privado, nem de natureza jurídica de direito público. Nem órgão público. Nem órgão quase-público. Em verdade, raríssima – raríssima, mesmo – é a hipótese de não ser possível registrar o atestado em alguma entidade profissional – associação, instituto, sindicato, etc. – mesmo quando não exista para a profissão uma ordem ou conselho específico, autárquico, como a OAB, o CREA, o CRM, o CRA e outros.

Descabe aqui, totalmente, o argumento de que associações e institutos não públicos estariam criando exigência de registro só para auferir receita. Quem criou a exigência foi a Lei: a entidade estará apenas viabilizando o cumprimento da Lei. É colaboradora do Poder Público no atendimento ao interesse público. Por que inibi-la gratuitamente, por mero preconceito ou sem motivo algum?

Ao invés de inibir, o Poder Público deve prestigiar tais entidades (associações e institutos profissionais) de natureza jurídica privada, aceitando os atestados por eles registrados, na ausência de entidade profissional de direito público. A administração pública não pode abrir mão dessa colaboração. Assim o requer a indisponibilidade do interesse público.

Descabe, portanto, exigir que a entidade profissional tenha personalidade jurídica de direito público e poder de polícia profissional. O ideal, obviamente, seria que assim fosse, como é nos casos das ordens e conselhos. Porém, "in minimis", à míngua de um órgão público, não há por que recusar o registro em associação ou instituto que, embora seja natureza jurídica de direito privado, tenha idoneidade e competência institucionais que a capacitam a colaborar com a administração pública. O que não se pode é deixar o atestado de desempenho sem registro algum. Sem mais, nem menos, alegando não haver como registrá-lo. Essa alegação, se for cabível, deve ser devidamente comprovada, mediante documentação hábil, por exemplo, troca de correspondência em que se evidencie a recusa ou a inexistência de entidades em relação a registrar o atestado. Mas, insista-se, raríssima será a ocorrência dessa hipótese extrema, sobretudo se o Poder Público não recusar e mesmo, porque convém ao interesse público, estimular a colaboração das entidades que aqui definimos como quase-públicas.

Em qualquer caso, a colaboração de associações e institutos quase-públicos só pode ser dispensada em duas hipóteses: – ou quando houver entidade profissional de natureza pública (ordem, conselho) – ou quando a entidade profissional (associação, instituto) de natureza privada, mesmo sendo de acessibilidade público-associativa, não merecer confiança. Ainda assim, nesta segunda hipótese, o ato de recusar confiança à entidade profissional quase-pública deve ser motivado pelas razões de fato e de direito em que se apóia o administrador, pois essa recusa, "in extremis", pode ou implica anular o registro do atestado. Não há de ser, pois, uma recusa gratuita, desmotivada, sem razoabilidade.

Por fim, acresce que o registro do atestado nas entidades profissionais competentes, por constituir norma de ordem pública, constando da Lei e versando sobre interesse público indisponível, não precisa constar do edital para ser exigível. Pode e deve ser exigido em qualquer hipótese, exceto "in extremis", no caso acima apontado, o único em que a ausência do registro do atestado de desempenho pode ser escusada, dada a absoluta impossibilidade de registrar, comprovada por justificativa escrita apresentada pelo proponente.



Entretanto, como até hoje não tem a própria administração pública, assim pelos órgãos que contratam, como pelos que fiscalizam e controlam as contratações administrativas, interna e externamente, será de bom alvitre que expeçam – mormente, os Tribunais de Contas – instruções no sentido de bem prover o registro dos atestados de desempenho, ditos também atestados de aptidão ou de capacidade técnica.

Cumpra agora, para completar este estudo, tratar do outro atestado exigido pela Lei nº 8.666/93 no seu art. 30: – o atestado de responsabilidade técnica.

6. O RECONHECIMENTO PROFISSIONAL

A exigência de capacitação técnico-profissional, centrada na exigência de atestado de responsabilidade técnica, especificamente formulada no inc. I do § 1º do art. 30, evidentemente comporta e inclui o que foi dito acima sobre o conteúdo, a autoria e o registro do atestado de desempenho da pessoa jurídica, já que se aplicam a ambos os atestados as disposições capitulares (o disposto no "caput"), seja do próprio art. 30, seja do seu § 1º, sem dúvida alguma, dado o princípio exegético de que o "caput" domina o que vier sob ele.

Contudo, no que tange ao atestado de responsabilidade técnica, a Lei acrescenta uma exigência especial, também indeclinável, por igualmente decorrer de norma de ordem pública, convir ao interesse público e, por isso, sujeitar-se ao mesmo princípio da indisponibilidade do interesse público. Trata-se da exigência de o responsável técnico ser "profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente". Esse requisito se insere em meio a outros, na norma específica da capacitação técnico profissional (inc. I do § 1º do art. 30).

Essa norma específica têm a seguinte redação:

"I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos."

Pode ser desdobrada nos vários requisitos que ela contém, aos quais convém analisar, um por um, como a seguir se fará.

PRIMEIRO REQUISITO – O profissional apontado como responsável técnico pelos serviços a serem contratados deve pertencer ao quadro permanente da proponente na data prevista para a entrega da proposta.

A Lei estipula – não, que o profissional deva manter algum vínculo jurídico de trabalho com a proponente – mas, sim, que deve integrar o seu quadro permanente, portanto mediante um vínculo definitivo, sobre o qual não paire nenhuma condição ou dúvida de provisoriedade ou transitoriedade, nem seja contrato passível de rescisão ou rescisão inconseqüentes.

Assim, são inaceitáveis para atender a esse requisito quaisquer contratos de experiência, trabalhistas ou não. Também não podem ser aceitos contratos de trabalho ou de prestação de serviços sujeitos a alguma condição cuja implementação, ou ainda não se verificou, ou não está comprovada pela documentação apresentada.

Obviamente, não se admite nenhuma comprovação "a posteriori". É clara a Lei: a comprovação deve ser feita na data da entrega da proposta. Não há possibilidade de acenar com contratos futuros, nem de fornecer documentos adicionais ou corrigir falhas ou omissões na documentação apresentada. Caso contrário, a licitação se tornaria um exercício de futurologia ou um torneio de documentação.

SEGUNDO REQUISITO – O responsável técnico deve ser profissional de nível superior – ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente – detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes.

O atestado de responsabilidade técnica, de que deve ser detentor o profissional responsável pela obra ou serviço em licitação, é vital para a garantia da boa execução do objeto do contrato a ser firmado pela administração pública. Daí, o

ideal – para obras ou serviços relevantes, sobretudo se a execução requerer conhecimentos técnicos especializados – é ser o responsável técnico de nível superior, no mínimo de graduação universitária, devidamente registrado na ordem ou conselho autárquico profissional (OAB, CREA, CRM, CRA, etc.).

Entretanto, a Lei admite a responsabilidade por outro profissional, desde que devidamente reconhecido pela entidade competente. Cabe, pois, perguntar: qual a entidade competente para o reconhecimento profissional desse outro que, mesmo não sendo de nível superior, pode assumir a responsabilidade técnica?

Aqui não se trata mais de mero registro de atestado de desempenho. Trata-se, verdadeiramente, de reconhecimento profissional. Este caso não se confunde – absolutamente não se confunde – com o primeiro caso, acima tratado, no qual se falou de entidades competentes para registrar atestados de desempenho das pessoas jurídicas.

Uma coisa é registrar atestados de desempenho. Outra coisa é o reconhecimento profissional. Aqui se tem uma função pública típica – serviço público indelegável – implicando controle e fiscalização coagentes – que somente se podem exercer pelo Estado, sendo intransferíveis para entidades de personalidade privada, ainda que de caráter quase-público, ou mesmo para os sindicatos, federações, confederações.

Sendo parte do controle e fiscalização das profissões, o reconhecimento profissional é função pública exclusiva do Estado, de natureza imperativa e coativa, de sorte que o exercício da profissão, se desprovido do reconhecimento e registro profissionais exigidos em lei, fica sujeito a penalidades legais, a começar por multas.

Tanto é verdade que, por isso mesmo, o Estado instituiu na administração direta do Ministério do Trabalho o Serviço de Identificação Profissional, no qual se faz o registro e o controle de profissões e categorias profissionais ainda não enquadradas em ordens ou conselhos autárquicos (OAB, CREA, CRM, CRA, etc.) Isso, porque o reconhecimento profissional deve ser feito pelo Estado, mediante órgãos autárquicos específicos ou, à míngua destes, por um órgão geral de identificação profissional.

Tal reconhecimento incide tão-somente sobre as atividades profissionais rigorosamente enquadradas na profissão reconhecida.

Tome-se, por ser bastante expressivo, o exemplo da profissão de publicitário, sujeita à Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965, que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda e dá outras providências. Dessa Lei, o art. 1º define:

"São publicitários aqueles que, em caráter regular e permanente, exerçam funções de natureza técnica da especialidade, nas Agências de Propaganda, nos veículos de divulgação, ou em qualquer empresas nas quais se produza propaganda."

Nos artigos 3º, 4º e 5º, a mesma Lei define o que se entende por agência de publicidade, veículos de divulgação e propaganda. No artigo 8º institui o registro da profissão de publicitário no Serviço de Identificação Profissional do Ministério do Trabalho, tornando-o obrigatório, mediante os documentos que exige.

Consequentemente, o publicitário não está – enquanto bacharel ou profissional em publicidade – apto a assumir perante a administração pública responsabilidade técnica senão por serviços para os quais esteja legalmente habilitado, nos termos definidos pela Lei que lhe regulamenta a profissão. Quer dizer: não pode ser responsável técnico por serviços que refogem à sua competência técnica legalmente reconhecida, para os quais não está nem pode ser "devidamente reconhecido pela entidade competente", como o requer a Lei, indisponivelmente.

Consequentemente ainda, qualquer atestado de responsabilidade técnica que tenha um publicitário por sujeito deve mencionar expressamente a identificação (número e outros dados) de seu registro de habilitação pelo Serviço de Identificação Profissional do Ministério do Trabalho. Não basta dizer



simplesmente "especialista em publicidade" ou "bacharel em publicidade" ou expressão equivalente.

Essas exigências são indisponíveis, repita-se, delas não se pode abrir mão, porque nelas se consubstancia a defesa do interesse público.

Assim, mesmo que o publicitário tenha haurido experiência pessoal, por maior que seja, em serviços técnicos não enquadrados na sua profissão, não pode ele tornar-se responsável técnico por serviços tais como estes, legalmente, pois, quanto a eles, não está, nem pode ser devidamente reconhecido pela entidade competente.

Pensar o contrário seria o mesmo que admitir que um enfermeiro, de tanto assistir operações, colaborando intimamente com médicos, possa ser responsável técnico por alguma cirurgia. Ou, que um mestre de obra, calejado na "profissão de construir", possa assumir responsabilidade técnica por construções de prédios. Por mais experiente que o enfermeiro ou o mestre de obra sejam, essa extrapolação é inadmissível. Do mesmo modo, um mecânico, por mais versado e hábil que seja no conhecimento, na técnica e na arte de desmontar e montar veículos automotores, inclusive projetando e produzindo tipos híbridos ou diferenciados, não pode ser legalmente responsável técnico pela atividade ou por um contrato de fabricação de veículos automotores. Os exemplos, nesse mesmo sentido, se sucederiam "ad infinitum". A conclusão será sempre a mesma: já se foi a época dos rúbulas e dos práticos; e, mesmo destes, a partir de um certo momento histórico, passou-se a exigir o reconhecimento e o registro profissional, como se faz no limiar da regulamentação legal de qualquer profissão nova.

Hoje, uma conclusão se impõe: – o ordenamento jurídico e, muito menos ainda o ordenamento jurídico administrativo, não compadecem mais – em face da própria complexidade da tecnologia atual e da função social acolhida pelo Estado contemporâneo – com a hipótese de responsabilidade técnica empírica, baseada na pura experiência vivida, por mais vasta e profunda que seja a vivência. É inadmissível responsabilidade técnica puramente empírica nos contratos de obras e serviços firmados com a administração pública. Se a atividade particularizada não caracteriza uma profissão particularmente reconhecida pela autoridade pública competente, deve-se buscar o responsável na área técnica em que essa atividade se desenvolverá.

Por exemplo, como não existe a profissão de pesquisador jurídico, qualquer pesquisa de natureza jurídica a ser contratada pela administração pública deve ter como responsável técnico um bacharel em direito, devidamente inscrito na entidade profissional competente para reconhecê-lo: a OAB. O mesmo vale para as demais profissões e os demais setores profissionais. Mesmo que o setor ainda não esteja erigido em profissão legalmente reconhecida, e por mais que ele seja diferenciado, sempre haverá uma profissão afim, já reconhecida em lei, cuja entidade profissional será competente para devidamente reconhecer o responsável técnico pela obra ou serviço que se fará para a administração pública, como de resto para toda a administração. Essa é uma consequência, não só do intrincado correlacionamento técnico gerado pelo desenvolvimento científico, mas também pela função social a que o Estado Social de Direito não pode escapar, no mundo de hoje, sob pena de deixar, não só a administração pública, mas a própria sociedade à margem da proteção da lei.

O que, de volta ao exemplo do publicitário, leva a uma conclusão taxativa que serve de molde para todas as outras iguais ou similares: – o publicitário não pode ser responsável técnico senão por pesquisas na área de sua profissão. Nessa área – somente aí – pode ser profissionalmente responsável. Fora daí, pode trabalhar em pesquisas sob responsabilidade de outro devidamente reconhecido pela entidade competente. Mas, por maior e melhor que seja o seu conhecimento prático, não pode assumir a responsabilidade técnica. Muito menos, quando se trata de um contrato administrativo, pois a administração pública deve ser a primeira a zelar pela exação da ordem jurídica.

Em síntese, na sociedade hodierna, em que a própria profissão de administrador já está legalmente reconhecida, tendo o seu conselho profissional autárquico, como no Brasil (CRA) e em outros países, não é aceitável para a administração –



muito menos, pela administração pública – a responsabilidade técnica empírica. Isso, por maior que seja o conhecimento prático, acumulado pelo apontado para responsável técnico, ainda que seja detentor de algum "atestado de responsabilidade técnica" não devidamente reconhecido.

Mas, em compensação, exatamente para evitar que a exigência de responsabilidade técnica, agravada por essa condição de reconhecimento, seja fulcro de cláusulas discriminatórias, o estatuto jurídico das licitações público-administrativas acrescentou, no bojo do inc. I do § 1º do art. 30 um requisito para limitar a discricionariedade, evitando o desvio para a arbitrariedade.

TERCEIRO REQUISITO – As características semelhantes exigidas devem limitar-se às parcelas de maior relevância e de valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Não só o atestado de responsabilidade técnica do responsável pela obra ou serviço, mas também os atestados de desempenho da pessoa jurídica em cuja equipe ele esteja incluído, devem descer aos pormenores necessários a aferir a pertinência e compatibilidade em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, como se depreende logicamente da interpretação integral do artigo 30 da Lei.

No entanto, essa exigência de pormenores deve estar limitada exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, sob pena de se resvalar para requisitos discriminatórios, inibidores da acessibilidade e competitividade do certame.

Ademais, em nenhuma hipótese, poderá a administração pública traçar exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, pois esses traços rígidos, certamente, haverão de desenhar recintos técnicos também discriminatórios, em que não poderão entrar aqueles que, mesmo não atestando esses mínimos ou máximos, não deixam de ter condições de concorrer.

Entretanto, ainda que não esteja sujeito a exigências de mínimos ou máximos, o atestado de responsabilidade técnica não pode ser genérico – mas deve ser detalhado até o nível de pormenores que seja o suficiente para se aquilatar, efetivamente, e por julgamento corrente, a semelhança entre o que se atesta e o que se contratará. A generalidade é inadmissível, porque nada prova, nem comprova. Aliás, como já disse atrás, do mesmo modo, em relação aos atestados de desempenho da empresa.

7. CONCLUSÕES

À vista das considerações acima feitas, podem ser sumariadas as seguintes conclusões:

O atestado de desempenho (referente à pessoa jurídica proponente), assim como o atestado de responsabilidade técnica (referente à pessoa do técnico), ambos devem conter os dados necessários e suficientes para comprovar efetivamente, segundo um julgamento corrente, o desempenho ou a responsabilidade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Ambos os atestados devem ser necessariamente registrados em entidade profissional competente, seja órgão público autárquico (como OAB, CREA, CRM, CRA, etc.) ou não autárquico, seja em sindicatos, federações e confederações, seja em órgãos quase-públicos (associações e institutos de personalidade jurídica de direito privado, mas de caráter profissional e de acessibilidade associativa geral).

O responsável técnico pela obra ou serviço a ser contratado pela administração pública deve não só ter formação científica e técnica específica, mas essa formação deve ser reconhecida por órgão público, autárquico ou de administração direta, especificamente destinado à identificação, registro, controle e fiscalização de profissões e categorias profissionais, no qual o responsável deve estar regularmente inscrito ou registrado, não se admitindo neste caso o registro por entidades classistas (associações, institutos, sindicatos, federações, confederações), nem, conseqüentemente, atestado de responsabilidade técnica baseado simplesmente em conhecimento empírico, por mais vasta e profunda que seja a experiência que o gerou.



Daí, a tentação de chamá-las unionais. Tentação, em que já cai. (Cf. BARROS, Sérgio Resende. Lei 8.666: lei federativa. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nº 73, outubro/93, p. 55 e s.). Lástima, que o vocábulo não agrade ao ouvido, pois é correto de étimo e qualifica adequadamente essas leis, nas quais a União cuida de suas próprias coisas, segundo seu exclusivo interesse político e administrativo. O referente à União é unional, como o referente à Nação é nacional. O termo, mesmo não soando bem ao primeiro impacto, é grandemente expressivo. Mas quem dele não gostar pode dizer a mesma coisa, usando de uma expressão equivalente pelo significado, preferível pela eufonia: leis federais intransitivas ou, simplesmente, leis intransitivas. Nacionais são os componentes da Nação, natos ou naturalizados, assim definidos pelo Estado que a constitui juridicamente. Essa definição jurídica é feita pela própria Constituição do Estado. É o Estado que - na qualidade de Estado Nacional -- define a Nação da qual é Estado, demarcando-lhe os componentes nacionais, natos ou naturalizados, como faz a Constituição brasileira vigente, no artigo 12. Paranacionais denomino os que, mesmo não integrando formalmente a Nação, nos termos em que é juridicamente definida, com ela se relacionam, caindo sob o ordenamento nacional, por força dos vínculos jurídicos que mantêm com os nacionais. Embora sejam formalmente estrangeiros, os paranacionais não são estranhos à Nação, pois tratam e contratam com os nacionais e, no mais das vezes, com eles convivem como se nacionais fossem. Tendo em vista a declinação do poder na federação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece que o federalismo brasileiro se desdobra em três ordens (União, estados e municípios) e não, em duas apenas (União e estados), como é o normal no Estado federal. Reconhece ainda que esse desdobramento corrobora a tese de que, entre essas três ordens, além do federalismo de primeiro grau, que declina da União para os estados, a Constituição de 1988 consagra um federalismo de segundo grau, que avança dos estados para os municípios. (Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. Cit., p. 48.) De minha parte, levando em consideração mais os três patamares do que os dois degraus em que declina a Federação brasileira, tenho denominado federalismo trino a esse federalismo de duplo grau. No fundo, as duas expressões designam o mesmo fenômeno, tão-somente o enfocando por dois prismas diferentes, embora correlatos. Em verdade, essa tipificação das leis federais em intransitivas e transitivas, sendo estas últimas nacionais ou federativas, leva em conta o tipo de normas que nelas predomina. Frequentemente, em uma única e mesma lei federal, aparecem mescladas normas federativas com normas nacionais e, até, com normas intransitivas. Por exemplo, o Estatuto da Terra, editado pela União (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964), contém normas federais intransitivas (ex.: o parágrafo único do artigo 6º), como também normas nacionais (ex.: o caput do artigo 16) e normas federativas (ex.: o parágrafo único do artigo 22). Esse fato - sobretudo o entrelaçamento de normas nacionais com normas federativas na mesma lei - pode dificultar, mas não impedir a tipificação. Uma tal lei poderá ser definida como nacional ou federativa em função do tipo de norma que, quantitativamente, predomina no "corpus legis" ou do intuito normativo que, qualitativamente, domina a "mens legis". Assim, o Estatuto da Terra é lei nacional, pois nele prepondera a "mens" de disciplinar a convivência dos nacionais (e paranacionais) no setor agrário, bem como no seu "corpus" predominam normas nesse sentido. Do mesmo modo, o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - pode ser dito lei nacional, ainda que contenha algumas normas de evidente caráter federativo como, por exemplo, o artigo 55, os incisos II e III do artigo 82, o artigo 105. Ao contrário, o Código Tributário Nacional - Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional, institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios, e que passou a denominar-se "Código Tributário Nacional" por força do artigo 7º do Ato Complementar nº 36, de 13 de março de 1967. Nesse Código, predomina em quantidade (no "corpus legis") e em qualidade (na "mens legis") o caráter federativo. Como a própria ementa proclama, a "mens" dominante da lei é



instituir um sistema de normas "aplicáveis à União, Estados e Municípios". Trata-se, evidentemente, de uma lei federativa, cuja "mens" é ingressar na Federação para nela ativar institutos de direito tributário, os quais preponderam no "corpus" da lei. Pouco importa que o Código Tributário se autoproclame "nacional". Na verdade, por seu "corpus" e por sua "mens", predominantemente, ele é uma lei federativa. Faça-se um reparo adequado ao Brasil. No federalismo trino, além da União, também os Estados federados são chamados constitucionalmente a legislar transitivamente, alcançando os entes federados menores, os Municípios, os quais devem atender, além dos princípios estabelecidos na Constituição Federal, também os dispostos na Constituição do respectivo Estado (ver artigo 29, caput, da vigente Constituição da República). Assim, do mesmo modo que as leis federais, também as leis estaduais podem ser transitivas ou intransitivas, conforme transitem ou não, na Federação, dos Estados para os Municípios. Já os Municípios, porque situados na base da Federação, não têm nenhuma possibilidade de legislar transitivamente. (Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Lei 8.666: lei federativa. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Cit., p. 58.) Veja-se, por exemplo, o judicioso Carlos Motta. (In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93. 6a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 30, 33, et passim.) Sejam exemplo desse debate as posições antagônicas de José Cretella Júnior e de Toshio Mukai. O primeiro entende que, quando a União legisla no âmbito em que a Constituição lhe outorga a competência para editar normas gerais, então automaticamente - a priori - a lei promulgada se classificará como norma geral, ainda que não o seja em si e por si, à luz de uma análise objetiva de seus dispositivos, um a um. Elucida o radicalismo de seu comentário à Lei nº 8.666/93 com o auxílio de uma metáfora de matéria religiosa: "Se o Santo Padre falar ex cathedra sobre matéria religiosa, o que ele disser é verdade para toda a cristandade, mesmo que intrinsecamente não o seja." (Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas: comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. 10a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 47. Grifos do autor.) O segundo condena os comentadores que entendem que "não há nessa Lei nenhuma eiva de inconstitucionalidade, quando salta aos olhos tal mácula irremediável que a contamina desde o nascedouro". Acrescenta que é "muito difícil admitir que um diploma completo sobre licitações e contratos (...) possa ser, todo ele, constituído somente de normas gerais. (Cf. MUKAI, Toshio. O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos: comentários à Lei 8.666/93, com as alterações promovidas pela Lei 8.883/94. 3a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 129.) Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Lei 8.666: lei federativa. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Cit., p. 58. O sufixo "ose" indica doença, afecção, enfermidade, entre outros significados. É amplamente utilizado na designação de moléstias, por exemplo: tuberculose, cirrose, trombose, dermatose, osteoporose, etc. A penalose é a penalização doentia, mórbida. Acerca desse fenômeno jurídico-social, que irrompe não só no direito administrativo, mas em diversos setores do direito brasileiro, fartamente discorri na obra "Liberdade e contrato: a crise da licitação". (Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Liberdade e contrato: a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995, p. 10 s.) Cf. GRECO FILHO, Vicente. Dos crimes da lei de licitações. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 1 s. Cf. tb. DOTTE, René Ariel. Algumas reflexões sobre o direito penal dos negócios. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 53, p. 10 s. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93. Cit., p. 38 s. Ver BARROS, Sérgio Resende de. Liberdade e contrato: a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995, passim e, especialmente, p. s. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Liberdade e contrato: a crise da licitação. Cit., p. 9. A redação constituinte usou o termo "licitação pública", ainda presente nessa norma da Constituição Federal. Muitos o condenam por vicioso: verdadeiro barbarismo, atentado à pureza da língua. Entretanto, como por regra de hermenêutica, a lei e, acima de tudo, a constituição não contém palavras inúteis, devendo a exegese prover significação ao vocábulo que se afigurar inútil,



entendo que o constituinte reiterou, expressamente, a qualificação "pública", já de per si inerente ao substantivo "licitação", a fim de frisar que, como garantia-mor da igualdade, a publicidade se adjunta à licitação como princípio imanente, que dela não pode ser afastado jamais, em nenhuma hipótese, sob pena de, efetivamente, não haver licitação. Toshio Mukai, sob o título "Procedimentos da licitação", chama esses dois momentos de fase, distinguindo uma fase interna e outra, externa. (Cf. MUKAI, Toshio. O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos: comentários à Lei 8.666/93, com as alterações promovidas pela Lei 8.883/94. Cit., p. 48. Como fase o define Maria Garcia: "Habilitação é a fase do processo licitatório na qual se verifica se os interessados atendem aos requisitos da lei a fim de se tornarem aptos a participar como licitantes nessa área da Administração Pública, que são as obras, serviços e outras atividades, a partir das condições definidas no edital." (Cf. GARCIA, Maria. A habilitação. Conceito. Exigências. Conseqüências da inabilitação. In: Estudos sobre a lei de licitações e contratos. Coordenação de Maria Garcia. Autoria de Floriano Azevedo Marques Neto et alii. Prefácio de Adilson Abreu Dallari. Apresentação de Diógenes Gasparini. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 62. Grifo da autora.) Como ato o define Lúcia Valle Figueiredo: "A habilitação é o ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter o interessado capacidade para licitar." (Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Direitos dos licitantes. 3a ed., ver., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 53.) Tradicionalmente, a discricionariedade tem sido vista como um poder do administrador público. Fala-se em poder discricionário. Mas, na verdade, a discricionariedade é uma condição legal em que tanto administradores, quanto administrados agem, fruindo de uma possibilidade de optar concedida pela lei. Com ou sem essa liberdade de ação, mas sempre ao abrigo da lei, administrador e administrado exercem poderes discricionários ou vinculados, um em relação ao outro, no travamento das relações jurídicas que compõem a administração pública. Nesse relacionamento, tanto ao administrador, quanto ao administrado, ora a lei vincula estritamente, ora concede uma liberdade de decisão que - por ter como substância a discricção do administrador ou do administrado em favor da administração - pode em ambos os casos ser qualificada como discricionariedade. Por exemplo, tanto na formulação, quanto no julgamento da proposta, o administrado e o administrador estão sujeitos ao ordenamento jurídico do mesmo modo, ora vinculadamente, ora discricionariamente, conforme a norma jurídica encerre ou abra a liberdade de opção. CITADINI, Antonio Roque. Comentários e jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 209. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: (de acordo com a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e com a Lei federal nº 9.648, de 27 de maio de 1998). 5a ed. São Paulo: Dialética, 1998, p. 306. Cf. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 4a ed. rev. atual. e ampl., incluindo anotações à Lei das concessões e permissões do serviços público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997., p. 232. JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. Cit., p. 310. CITADINI, Antonio Roque. Ob. Cit., p. 209. Grifei, CRETELLA JÚNIOR, José. Das licitações públicas: (comentários à Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. 10a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 255. Grifei. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos: Lei n. 8.666/93., p. 178. O grifo é meu. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Júnior. Ob. Cit., p. 232. Grifei. Veja-se, por exemplo: MARTINS, Sidney. Licitações: breves anotações ao novo estatuto. 2a ed. 3a tiragem. Curitiba: Juruá, 1993, p. 51.



Outro:

Sobre o assunto assim se manifestou

“O Ministro EROS GRAU. 29/11/2007, Pleno TJF, assim relatou: “Inúmeras vezes a exigência de atestados (em número e a respeito do seu conteúdo) serve a algumas Administrações, por desaviso ou por má-fé mesmo (como no caso de direcionamentos), para limitar o caráter competitivo que deve nortear todo procedimento licitatório. Vale notar que o art. 30, da Lei 8.666/93, aponta, relativamente à qualificação técnica, para, apenas, um conjunto de documentos básicos, mediante os quais possa se aferir a experiência anterior quanto ao objeto da licitação. Não aponta para dois, três ou cinco atestados (porque absurdo se pensar que um licitante teria capacidade de executar um determinado objeto somente se já o tivesse realizado mais de uma vez), e nem para que toda a experiência conste de apenas um atestado de capacidade técnica (eis que com vários o licitante Pode demonstrar que tem experiência suficiente). Exigências nesse sentido configuram práticas discriminatórias que afastam a competição isonômica (conforme art. 3º, da Lei 8.666), uma das finalidades da licitação, pela qual se faz a escolha da proposta mais vantajosa. Fortalece o que o legislador inseriu no artigo citado da Lei o que consta do inc. XXI, do art. 37, da CF/88, quando se dispõe que o processo licitatório “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. O agente público que inclui como exigência editalícia a apresentação de certa quantidade de atestados – ou experiência total em apenas um –, de que resulte limitação do universo de proponentes, infringe o inc. I, do §1º, do art. 3º, da Lei 8.666, eis que por tal dispositivo veda-se aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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”. O TCU, na decisão nº 351/2002, determinou a um dos órgãos do Ministério da Justiça, em situação de exigência indevida de atestados, que se ativesse ao “disposto no art. 30 da Lei de Licitações, abstendo-se de exigir número mínimo e/ou certo de atestados para comprovar aptidão técnica”. O STF, a respeito do tema, já decidiu que “a competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do

princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível”

De modo bastante objetivo, evitando mais delongas, busca a administração uma contratação segura de que os serviços serão executados e com qualidade e continuidade ainda mais que se trata de execução de um monumento que se tornara Patrimônio Histórico de valor incalculável para comunidade.

Para um fornecedor de serviços para a administração pública, na a hora de apresentar sua Documentação para participar de processo licitatório deve fazê-lo de acordo com a solicitação do edital na sua íntegra e no caso o Edital o faz em seu item 6.4 letra “a” a primeira determinação exigindo que a empresa apresente **Certidão de Registro no Conselho Regional Competente**, que neste caso é o **Conselho Regional de Arquitetura**, pois trata-se de uma obra de cunho artístico de competência do Arquiteto e portanto subordinada a este conselho.

Assim, resta que nossa empresa entre as participantes do processo é a única que possui todas as condições de execução do referido objeto da licitação em detrimento das demais atingido o principal objetivo do certame licitatório que é o da segurança de que os serviços serão prestados **com qualidade e continuidade**. Busca-se a probidade.

Isto posto, requer, no prazo definido na Lei Federal 8.666/93 e suas alterações posteriores, seja apreciada o presente recurso sob a luz da legislação, principalmente da “lei da microempresa” e que a comissão de atenda nossa solicitações e não o fazendo a encaminhe a autoridade superior.

**Nestes Termos
Pede e Espera Deferimento.**

Erechim, 11 de outubro de 2018.


A.A BUENO
Oswaldo Fanti
Sócio Administrador