

Processo nº 06744-9.2009.001

Interessado: Dacal Engenharia Ltda

Referência: Recurso Administrativo.

Modalidade de Licitação: Concorrência nº 01/2010. Objeto: Construção do Fórum de Penedo.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso administrativo interposto, tempestivamente, pela empresa **Dacal Engenharia Ltda** contra a decisão proferida pela Comissão Especial de Licitação para a Construção de Obras do Poder Judiciário, face à sua inabilitação no certame em tela, que tem como objeto a construção do Fórum da Comarca de Penedo.

DAS CONTRA-RAZÕES

Objetivando transparência dos atos atinentes ao certame em tela, a Comissão, disponibilizou cópia do instrumento recursal apresentado pela empresa licitante Dacal Engenharia Ltda no site deste Tribunal, em Licitações, **transcorrido *in albis* a apresentação das contra-razões.**

RETROSPECTIVA FÁTICA.

A recorrente Dacal Engenharia Ltda alega em síntese que apresentou toda a documentação necessária para a habilitação no certame em comento e que a decisão da Comissão mostra-se absolutamente irregular, desatendendo aos princípios da licitação, não podendo prevalecer de forma alguma, haja vista que acabou frustrando, senão restringindo a competitividade do certame, o que, de certa forma, é expressamente vedado pela Lei nº 8.666/93, em seu art.3º, § 1º, inciso I.

Alega ainda que, a Comissão considerou o atendimento ao item da parcela de relevância técnica, assim exigida: "LAJE PRÉ-MOLDADA PARA FORRO", não podendo inabilitar a recorrente por não atender ao item da parcela de relevância técnica, assim exigida: "LAJE TRELIÇADA PARA FORRO", pois, esclarecendo tecnicamente, as mesmas são similares, sendo classificadas como PRÉ-FABRICADAS ou PRÉ-MOLDADAS, inclusive, na planilha orçamentária

constante do processo licitatório. Vejamos a definição dada para LAJES MISTAS por Milber Fernandes Guedes, em sua obra Caderno de Encargos da Editora Pini:

“Definem-se como lajes mistas aquelas que, entre nervuras de concreto armado convencional ou pretendido, interpõem-se elementos pré-fabricados, de concreto normal ou leve, simples ou armado, cerâmicos ou sílico-calcários, solidários com as nervuras e capazes de resistir aos esforços de compressão oriundos da flexão.”

Além do que o item “LAJE TRELIÇADA” não representa parcela de MAIOR RELEVÂNCIA, nem tão pouco valor significativo, pouco mais de 1,0% (um por cento) do valor orçado, ferindo o art. 30, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, o inconformismo maior, consubstancia-se na decisão emanada da CEL, a qual acabou por julgar inabilitada a Recorrente em virtude da falta de capacidade técnica, pelo fato de não considerar que o Responsável Técnico, construiu o Fórum da Comarca de Pão de Açúcar e reformou e ampliou o Fórum da Comarca do Benedito Bentes, e que o sócio proprietário da recorrente, quando sócio da Empresa D.S. Construções e Engenharia Ltda., dentre outras obras, construiu o Fórum da Comarca de Chã Preta e o Prédio Sede do 1º e 2º Juizados Cíveis e Criminais das Relações de Consumo, todas estas obras com desempenhos certificados pelo Departamento de Engenharia e Arquitetura do TJ-AL, cumprindo rigorosamente os termos dos Contratos firmados. Os fatos ora relatados mostram a inobservância, mais uma vez, do art.30, § 3º, da Lei nº 8.666/93.

Em face das razões expostas a Recorrente DACAL ENGENHARIA LTDA requer que esta digníssima COMISSÃO ESPECIAL PARA A CONSTRUÇÃO DE OBRAS DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE ALAGOAS dê provimento ao presente Recurso Administrativo para reconsiderar a decisão proferida na Ata de Reunião de 08/03/2010 e julgar procedentes as razões ora apresentadas, declarando-a Habilitada à Concorrência nº01/2010 por satisfazer todos os requisitos previstos no Edital de Licitação.

É o breve relatório.

Analisando as razões dos recursos, passamos a opinar.

DO MÉRITO

As condições de habilitação referentes à qualificação técnica (art. 30 da Lei nº 8.666/93, § 2º) como regra editalícia para a participação no certame licitatório em comento, tratam de redação pacificada, tendo em vista à inexistência de quaisquer objeções quanto ao seu conteúdo em momento oportuno, para a impugnação ao instrumento convocatório, até o segundo dia útil da data marcada para a abertura dos envelopes de habilitação e propostas de preços, segundo o disciplinamento do art. 41, §§ 2º e 3º da Lei em regência. As exigências do subitem 7.2.4, letra “b” do edital, guardam pertinência quanto a experiência anterior da licitante, presumindo-se, portanto, a **compatibilidade** do atestado com o objeto, cujo termo grifado significa: harmonizável, conciliável, relação de coincidência total ou parcial, segundo o

Dicionário Aurélio, restando, portanto, configurada a similaridade dos tipos de lajes exigidas, considerando a definição dada por Milber Fernandes Guedes, em sua obra Caderno de Encargos da Editora Pini, supracitada pela recorrente Dacal Engenharia Ltda, tendo sido ratificada pela equipe técnica do Departamento Central de Engenharia e Arquitetura-DCEA deste Tribunal, anexo aos autos, após análise do teor da peça recursal em comento.

Diante de tal assertiva, é imperioso destacar as seguintes jurisprudências:

Jurisprudência do TCU

“ No caso vertente, a exigência de que a licitante tenha executado serviço mínimo igual do objeto do pregão contraria esse entendimento, por impor às interessadas condição que extrapola os critérios razoáveis de seleção, invadindo e ferindo a competitividade do certame.” (Acórdão nº 410/2006, Plenário, rel Min. Marcos Vinícios Vilaça)

Jurisprudência do TCU

“4. As exigências de comprovação de qualificação técnico-profissional devem se restringir às parcelas que sejam, cumulativamente, de maior relevância e valor significativo e indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (Acórdão nº 1.876/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)

Jurisprudência do STJ

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

Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.

In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços, objeto da licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços.” (REPsp nº 361.7360/SP, 2ª T., rel. Min.Franciulli Netto, j. Em 05.09.2002, DJ de 31.03.2003)

Jurisprudência do TCU

“... Na fase da habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo atendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração.” (Processo nº 6.029/95-7)

Conforme ensinamentos de Helly Lopes Meirelles, “ O princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser “formalista” a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades.”

Nesse diapasão, Marçal Justen Filho, em seus “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, trata das questões relativas às irregularidades superáveis no procedimento licitatório, assim dizendo:

“Existem atos viciados de irregularidades irrelevantes. O defeito não é apto a impedir a realização do interesse público nem sacrifica o interesse privado. Ressalte-se que, nesses casos, ocorrem hipóteses em que a realização do interesse protegido pela norma pressupõe a prática de outros atos. É necessário suprir a irregularidade, ratificando atos anteriores ou renovando outros.

Há tendência reforçada a reconduzir os vícios jurídicos, no curso da licitação, ao campo das irregularidades superáveis. Não se pode ampliar a relevância jurídica da forma sobre o fundo. Tem de considerar-se que a forma é instrumental. Consiste na via de garantia à realidade do interesse público, de repressão ao abuso de poder e de tutela à boa-fé. Não há sentido em tutelar diretamente a forma e infringir indiretamente os valores jurídicos consagrados constitucionalmente.

A avaliação dos vícios dos atos administrativos tem de subordinar-se ao princípio da razoabilidade (proporcionalidade). Devem ponderar-se os interesses em jogo e avaliar-se a extensão das consequências da decisão adotada. Não será válida decisão que, para realizar certo valor, produza o sacrifício integral de outro valor (igualmente tutelado pelo Direito).

Essas ponderações conduzem a admitir a possibilidade de decisões distintas para suportes fáticos semelhantes, em face de circunstâncias diferenciadas. Determinar se o ato inválido não é atividade que se desenvolva exclusivamente no plano lógico-teórico. Deve tornar em vista aos valores relacionados ao caso concreto e a solução mais conforme aos princípios jurídicos aplicáveis. Não é viável, por isso, produzir um elenco fechado, exaustivo e predeterminado dos vícios supríveis, meras irregularidades.”

Nessa seara, a legalidade estrita cede terreno à instrumentalidade das exigências do edital, porquanto a irregularidade ocorrida constitui-se em defeito irrelevante ao não comprometer a execução do objeto licitado, acaso a recorrente seja a vencedora do certame, considerando os contratos já firmados com este Tribunal, conforme citados em sua peça recursal e que foram cumpridos plenamente. Portanto, totalmente descabida a inexistência de experiência anterior da recorrente Dacal Engenharia Ltda, face às exigências das parcelas de relevância técnica e de valor significativo do edital. Por mais que se atribua ao julgamento da Comissão a vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da isonomia, a inabilitação da recorrente alijou do certame licitatório empresa idônea e tradicional no setor da construção civil, com condições de firmar contrato com este Tribunal a um preço competitivo.

Convém notar que é noção tradicional, extraída da boa literatura jurídica, a de que a vinculação ao edital (extraída do princípio do procedimento formal) NÃO SIGNIFICA QUE A ADMINISTRAÇÃO DEVA SER “FORMALISTA”, A PONTO DE FAZER EXIGÊNCIAS INÚTEIS OU DESNECESSÁRIAS À LICITAÇÃO, ESPECIALMENTE QUANDO A IRREGULARIDADE APRESENTADA É IRRELEVANTE E NÃO CAUSA PREJUÍZO ALGUM À ADMINISTRAÇÃO OU AOS DEMAIS CONCORRENTES (conf. Hely Lopes Meirelles, “Licitação e Contrato Administrativo”, Ed. Malheiros, 11ª ed., p.27)

Segundo Adilson Dallari, “existem várias manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.”

Tem-se desse modo que o princípio da razoabilidade faz uma imperativa parceria com o princípio da igualdade (isonomia), vez que ao disciplinar, em última análise, ambos discriminam situações e pessoas por variados critérios, sendo a razoabilidade parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo, *in casu*, a contratação.

Por vezes é difícil identificar com precisão as parcelas de maior relevância e valor significativo tocantes ao objeto da licitação, admitindo-se certo grau de discricionariedade, limitado sobremaneira pelo princípio da razoabilidade. Quer dizer, a avaliação das parcelas de maior relevância e de valor significativo depende de bom senso, do juízo sobre o razoável e, pois, da análise técnica das especificidades de cada caso. Dentro dessa perspectiva, não se pode esquecer o princípio da competitividade, cuja dicção prescreve que a disputa deve ser a mais ampla, e que as exigências de habilitação sejam indispensáveis, como assinala a parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

O princípio da razoabilidade recomenda, em linhas gerais, uma certa ponderação dos valores jurídicos tutelados pela norma aplicável à situação de fato. Como diz Marçal Justen Filho, o princípio da proporcionalidade prestigia a “instrumentalidade das normas jurídicas em relação aos fins a que se orientam” e “exclui interpretações que tornem inútil a (s) finalidade (s) buscada (s) pela norma”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª Ed., São Paulo: Dialética, 2002, p. 66-67).

O princípio da razoabilidade é comumente invocado para deixar de inabilitar ou de desclassificar concorrentes em certames licitatórios, ainda quando presentes motivos reais e suficientes para as suas exclusões das licitações. O excesso de formalismo, com efeito, não deve permear as ações dos agentes públicos na execução das licitações. A doutrina e a jurisprudência repudiam o rigorismo excessivo e homenageiam as decisões administrativas que, a bem dos demais princípios regentes da Administração Pública, afastam a inabilitação e a desclassificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e a efetividade de suas propostas perante o Poder Público e nem os põe em posição vantajosa em relação aos demais participantes.

E, ainda, a doutrina mais autorizada assenta que o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade dele derivado instruem o exercício do poder discricionário do agente público. A discricionariedade, porém, em termos de licitação pública, não é absoluta e está pautada pelos limites que a própria Lei de Licitações impôs ao seu exercício. Em diversos pontos a Lei nº 8.666/93 faculta ao agente público agir de uma maneira ou de outra; permite impor aos licitantes e à própria Administração requisitos mais ou menos rigorosos; faculta também a formulação de exigências variáveis de acordo com a complexidade e a relevância do objeto licitado, dentro da legalidade.

Por todo o exposto e com fundamento no parecer técnico do DCEA, anexo aos autos, ao analisar o recurso interposto pela empresa licitante Dacal Engenharia Ltda, a Comissão Especial de Licitação para a Construção de Obras do Poder Judiciário, propõe que o recurso seja conhecido pela sua tempestividade, deferindo-o no mérito e, por unanimidade, decide pela HABILITAÇÃO da recorrente no presente certame licitatório, submetendo o recurso hierárquico à apreciação da Excelentíssima Desembargadora Presidente deste Tribunal.

Maceió, 29 de março de 2010.

Maria Aparecida Magalhães Nunes
Presidente da Comissão

Eng. Ronaldo Brandão Magalhães
Membro Suplente

Dilair Iamenha Sarmiento
Membro Suplente



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS
GABINETE DA PRESIDÊNCIA**

Processo nº 06744-9.2009.001

Interessado: Dacal Engenharia Ltda

Referência: Recurso Administrativo.

Modalidade de Licitação: Concorrência nº01/2010. Objeto: Construção do Fórum de Penedo.

JULGAMENTO DE RECURSO

Considerando o posicionamento adotado pela Comissão Especial de Licitação para a Construção de Obras do Poder Judiciário, constante da decisão tomada quando do julgamento da inabilitação da empresa Dacal Engenharia Ltda no certame em epígrafe;

Considerando as alegações apresentadas no Recurso interposto pela empresa Dacal Engenharia Ltda;

Considerando os fatos e argumentos circunstanciados no parecer da Comissão sobre os fundamentos do Recurso interposto, valendo-se do seu juízo de retratação pela habilitação da supracitada empresa, amparada na análise técnica do Departamento Central de Engenharia e Arquitetura deste Tribunal-DCEA;

Acolho integralmente as ponderações pela Comissão Especial de Licitação para a Construção de Obras do Poder Judiciário, razão pela qual acolho, no mérito, provimento ao recurso, em conformidade com o parágrafo 4º do artigo 109 da Lei nº 8.666/93, decidindo pela habilitação da empresa Dacal Engenharia Ltda, determinando ainda à Comissão, o prosseguimento do certame da Concorrência nº 01/2010, objetivando a análise e julgamento das propostas de preços das empresas habilitadas.

Publique-se. Cumpra-se. Certifique-se.

Maceió/AL, 29 de março de 2010.

Desa. Elisabeth Carvalho Nascimento
Presidente