

PROCESSO: 010568/2016

PARECER: 0453/2016

INTERESSADO: TRANSPORTES COLETIVOS SÃO CIPRIANO LTDA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIRO - IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

PARECER JURÍDICO

Trata-se de **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** da Concorrência Pública nº 002/2016, realizada pela empresa **TRANSPORTES COLETIVOS SÃO CIPRIANO LTDA ME**, que impugna diretamente a cláusula 21.4.1, “a”, “b” e “c” que cuida da qualificação técnica das empresas interessas em participar da licitação.

Registre-se que a presente impugnação foi protocolizada em 12/07/2016 e a data da sessão de abertura dos envelopes estava marcada para 13/07/2016, o que tornaria a presente impugnação intempestiva, segundo prazo estipulado pela cláusula 11.1¹ do edital. Ocorre que a data de abertura foi prorrogada para a data de 15/07/2016, tornando, assim, possível a análise do presente expediente.

A empresa impugnante fundamenta seu pedido argumentando, em linhas gerais, que as exigências contidas na cláusula 21.4.1 são *“ilegais e inconstitucionais que frustram o caráter competitivo do certame e configuram claro direcionamento da licitação”*.



¹ 11.1. Decairá do direito de impugnar os termos deste EDITAL, perante a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, a LICITANTE que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a data de entrega das PROPOSTAS e abertura da licitação.

Este o relatório. Passo a opinar.

Impugnação à Cláusula 21.4.1 “a”, “b”² e “c”³

A alegação da empresa impugnante acerca da ilegalidade da cláusula 21.4.1 “c” também não merecem acolhida.

A empresa impugnante argumenta em suas razões que a exigência de qualificação técnica: atestado de capacidade técnica em prestação de serviço público de transporte urbano e atestados com operação de sistema de bilhetagem eletrônica, sistema de integração de linha e sistema de biometria facial, bem como a necessidade de declaração de disponibilidade de imóvel destinado à instalação de garagem para execução do serviço licitado,

² 21.4.1 A documentação relativa à qualificação técnica, no tocante à demonstração de experiência, consiste em:

a) A LICITANTE deverá apresentar atestado emitido em seu nome, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público, pertinente e compatível com o objeto da presente licitação, apto a comprovar o desempenho da prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, em linhas urbanas, suburbanas ou intermunicipais de característica urbana, em quantidades pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.

i. Considera (m)-se pertinente(s) e compatível (is) com o objeto da presente licitação o(s) serviço(s) anterior (es) que atenda(m) os seguintes quantitativos:

• **Totalizem frota atual (ou existente na data de assinatura do atestado), composta por veículos do tipo microônibus e/ou ônibus (enquadrado em qualquer das categorias descritas no Anexo 2.4 deste EDITAL), correspondente a, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de veículos da frota inicial prevista no presente EDITAL (Anexo 2); e,**

• Totalizem uma quantidade média mensal de passageiros transportados (pagantes ou não), apurada em qualquer período contínuo de pelo menos 6 (seis) meses, de, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de passageiros médios mensais estimados, informados no Anexo 2.2 do presente EDITAL.

b) A licitante deverá apresentar atestado de que opera ou operou sistema de:

i. atestado de que opera ou operou sistema bilhetagem eletrônica, em serviços de transportes, apurada em qualquer período contínuo de pelo menos 06 (seis) meses, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de passageiros médios mensais estimados, informados no Anexo 2.2 do presente edital.

ii. atestado de que opera ou operou sistema de integração de linhas, em serviços de transportes, apurada em qualquer período contínuo de pelo menos 06 (seis) meses, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de passageiros médios mensais estimados, informados no Anexo 2.2 do presente edital.

iii. atestado de que opera ou operou sistema de biometria facial em serviços de transportes, apurada em qualquer período contínuo de pelo menos 06 (seis) meses, no mínimo, 40% (quarenta por cento) do número de passageiros médios mensais estimados, informados no Anexo 2.2 do presente edital.

³ c) Para fins de qualificação técnica, o LICITANTE deverá apresentar Compromisso de disponibilidade de imóvel (is) destinado(s) à instalação de garagem (ns) para execução do serviço licitado, pelo período de vigência do contrato de concessão, conforme Modelo do Anexo 5.4 do presente EDITAL.

Anexo 2.6

1. Especificações da garagem

1.1. Instalações

A garagem deverá ser localizada dentro do perímetro do Município de São Mateus

extrapolariam a previsão legal, configurando-se *“ilegal, inadequada e excessiva comprovação de experiência em prestação de serviço público de transporte coletivo urbano exatamente igual ao objeto licitado”*.

A afirmação da empresa impugnante não merece guarida, senão vejamos.

Ao contrário do afirmado pela empresa o edital de Concorrência Pública ao exigir para fins de qualificação técnica a apresentação de atestado apto a comprovar o desempenho de prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros cumpre fielmente as disposições do art. 30 da Lei 8.666/93 ao exigir comprovação **em quantidades pertinentes e compatíveis com o objeto da presente licitação.**

O Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em entendimento sumular nº 24, admite a exigência de atestados de capacidade técnica de realização dos serviços com características semelhantes às do objeto licitado em quantitativo acima de 60%, desde que a complexidade do objeto exija:

SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, **a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida,** ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

No caso da concessão de serviço de transporte público de passageiros resta incosteste que se trata de um serviço complexo apto a ensinar a

comprovação de qualificação técnica da empresa que pretende participar do procedimento licitatório.

O Edital de Concorrência Pública 002/2016 em sua cláusula 21.4.1, “a” exige a comprovação de qualificação técnica referente a um percentual de 40% (quarenta por cento) do quantitativo estimado de passageiros médios mensais estimado para o serviço a ser prestado pela empresa concessionária, e por um período contínuo de 06 (seis) meses. Percebe-se que tal exigência está amparada legal e jurisprudencialmente, configurando exigência justificável em razão da dimensão da concessão do serviço de transporte público e não configura a exigência de prestação de serviço público de transporte urbano “idêntico” ao objeto licitado como quer fazer crer a empresa impugnante.

A apresentação de atestado da empresa licitante garante a seleção de empresa idônea, autorizada a, oportunamente, no decorrer do certame, oferecer proposta técnica. Assim, qualquer empresa interessada, que preencha a exigência insculpida no edital concernente ao atestado de prestação de serviços de transporte coletivo urbano de passageiros, poderá ser habilitada.

De igual forma, a argumentação acerca da irregularidade da exigência contida na cláusula 21.4.1, “b” não merece prosperar.

A cláusula 21.4.1, “b” exige que o licitante apresente atestado de que opera ou tenha operado sistema de bilhetagem eletrônica, sistema de integração de linhas e sistema de biometria facial em quantitativos de 40% do número de passageiros médios mensais estimados e pelo período contínuo de pelo menos 06 (seis) meses.



MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS
Estado do Espírito Santo
Procuradoria Geral do Município

Processos nº: 010568/2016
Parecer nº: 0453/2016

Registre-se que a implantação do sistema de bilhetagem eletrônica e do sistema de reconhecimento fácil por tecnologia biométrica no sistema municipal de transporte público são objeto dos Decretos municipais nº 4.763/2009 e nº 7.555/2014, respectivamente.

Ao contrário do que argumenta a empresa impugnante a exigência de comprovação de experiência nos sistemas de bilhetagem eletrônica, integração de linhas e biometria facial não amplia o rol de exigência previstos no art. 30 da Lei 8.666/93.

A Lei nº 8.666/93 não estabelece limites para exigências quanto à capacitação técnico-operacional de empresas licitantes, devendo tais limites, portanto, ser estabelecidos em cada caso, levando-se em conta a pertinência e compatibilidade a que se refere o inc. II do art. 30, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Essa, inclusive, é a inteligência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

“Administrativo.Licitação.Interpretação do art. 30, II e §1º, da Lei 8.666/93.

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei .666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se a comprovação, em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadoras de telefonia no Brasil de execução, **em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe “L” e “C” em período consecutivo de vinte e quatro meses, no volume mínimo de 60.000 HxH**, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. ‘O exame do disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, e sua parte final, referente a ‘exigências de qualificação técnica e econômica

5

indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações', revela que o propósito aí objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, **não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe'** (Adilson Dallari).

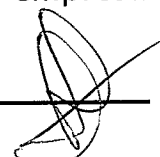
3. Mandado de segurança denegado em primeiro e segundo graus.

4. Recurso especial improvido" (Res. Nº 172.232-SP, rel. Min. José Delgado, DJU de 21.9.98, RSTJ 115/194) (grifamos).

Em abono dessa matiz, também se manifestou o Egrégio Tribunal de Contas da União:

"Habilitação. Qualificação técnica. Capacitação técnico-profissional. Capacitação técnico-operacional. Concorrência. **A estabilidade do futuro contrato pode ser garantida com a exigência de atestados de capacitação técnico-profissional aliada ao estabelecimento de requisitos destinados a comprovar a capacitação técnico-operacional nos termos do inciso II do art. 30 da Lei nº 8.666/93.** (TC-009.987/94-0, publicado no Boletim de Licitações e Contratos, NDJ, 1995, vol. 11, p. 564).

Notadamente na Decisão nº 767/98, a Corte de Contas Federal consignou que a lei de licitações *"não proíbe o estabelecimento de requisitos de capacitação técnico-operacional, mas, sim, retira a limitação específica relativa à exigibilidade de atestados destinados a comprová-la, deixando que a decisão quanto a essa questão fique a critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos do art. 30, II"*. Invocando Marçal Justen Filho, conclui o relator que a exigência de capacidade técnica da empresa **"é perfeitamente compatível e amparada legalmente"**.



É exatamente para salvaguardar o interesse público que a lei admite que se verifique a qualificação da empresa para efeitos habilitatórios conforme o caso requer.

Negar que a lei admite a exigência de capacitação técnica em relação à empresa, capacitação esta pertinente à **características, quantidades e prazos em relação ao objeto licitado**, é tornar sem efeito os comandos do inc. II do art. 30.

Vale dizer, o art. 30, II da Lei Federal é expreso ao asseverar a possibilidade de exigir-se a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos e, por certo, na melhor regra de hermenêutica jurídica, a lei não contém palavras inúteis.

Equivale a afirmar que, notadamente quanto a questão dos quantitativos, a lei é clara ao legitimar tal exigência, no tocante à capacitação técnica-operacional da empresa-licitante.

Há casos, como o da presente concessão de serviços de transporte público, em que o quantitativo é relevante. Invocando exemplo suscitado pelo aludido professor Marçal Justen Filho, "*É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina*"(cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p. 311).

Aliás, não se pode olvidar que, com a Emenda Constitucional nº 19/98, foi introduzido, com um dos princípios basilares, norteadores da atividade administrativa, o da eficiência.



Destarte, para dar cumprimento a tal preceito, em prol do interesse público, deve a entidade licitante salvaguardar-se de que o futuro contratado detém aptidão suficiente para bem desempenhar o objeto colimado.

Novamente invocando a Corte Superior de Justiça, citamos o seguinte julgado que corrobora o alegado:

“Administrativo. Procedimento Licitatório. Atestado Técnico. Comprovação. Autoria. Empresa. Legalidade.

Quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação, em nome da empresa, não está sendo violado o art. 30, §1º, II, caput, da Lei nº 8.66/93. **É de vital importância, no trato da coisa pública, a permanente perseguição ao binômio qualidade e eficiência, objetivando não só a garantir a segurança jurídica do contrato, mas também a consideração de certos fatores que integram a finalidade das licitações, máxime em se tratando daquelas de grande complexidade e de vulto financeiro tamanho que imponha ao administrador a elaboração de dispositivos, sempre em atenção à pedra de toque do ato administrativo -a lei - mas com dispositivos que busquem resguardar a Administração de aventureiros ou de licitantes de competência estrutural, administrativa e organizacional duvidosa.**

Recurso provido (Resp. nº 44.750-SP, rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª T., unânime, DJ de 25.9.00)” (sem grifo no original).

A nosso ver, poderia até ser considerada desídia dessa Administração deixar de exigir a comprovação da capacitação técnica da empresa, face à complexidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.



Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que a exigência editalícia seria restritiva da competição, nos termos do art. 3º, §1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

“§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

I- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabelecem 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**” (grifo nosso).

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de prever requisitos que sejam pertinentes e relevantes ao atendimento do objeto perseguido, à luz do interesse público, porque não é essa a *ratio legis*.

O que o dispositivo visa coibir é a exigência infundada, dirigida exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa. No entanto, não fere a competição a exigência de requisitos que, de fato, sejam necessários no caso concreto, face ao objeto a ser contratado.

Logo, a exigência de quantitativo para a comprovação da capacitação técnico-operacional, estando prevista na Lei, ex vi do citado art. 30, inc. II, bem como plenamente justificada face à complexidade do objeto envolvido, não viola a competitividade. Reitere-se, não pode ser tida como excessiva a exigência, quando a complexidade do objeto assim o reclama, face às suas especificidades.

Mais uma vez invocamos a exegese de Marçal Justen Filho, que diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:



“O dispositivo não significa, porém, vedação a cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (‘... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’).”

10

Um pouco mais adiante diz:

“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir”

E, por fim, conclui:

“A Lei reprime a redução da competitividade do certame derivada de exigências desnecessárias ou abusivas.” (cf. obra cit., p. 75/76).



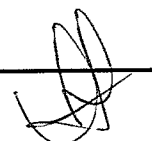
Ademais, no tocante aos termos do art. 30, § 5º da Lei Federal, temos para nós que o que a Lei veda é a exigência de comprovação de aptidão limitada a tempo ou época (que se caracterizaria se a Administração reclamasse, por exemplo, que a prestação do serviço de transporte público coletivo deveria estar sendo prestado ou ter sido efetivado no máximo até “X” meses da data da abertura do certame), e em locais específicos (aceitando, por exemplo, apenas a apresentação de atestados fornecidos por empresa da região onde se processa a licitação), ou ainda outras não previstas na Lei, que inibissem a participação no certame.

A exigência de prestação de serviços de transporte coletivo com utilização dos sistemas de bilhetagem eletrônica, biometria facial e sistema de integração de linhas, subsume-se à previsão legal afeta à compatibilidade da experiência anterior com as características da concessão a ser realizada.

E, mesmo que assim não fosse, por outro lado, a doutrina também se manifesta no sentido de que as restrições do § 5º da Lei de Licitações não se aplicam no que tange à capacidade técnica-operacional da empresa.

Confirma a manifestação de Marçal Justen Filho:

“Enfim, lei proibindo providências necessárias a salvaguardar o interesse público seria inconstitucional. Se exigências de capacitação técnico-operacional são indispensáveis para salvaguardar o interesse público, o dispositivo que as proibisse seria incompatível com o princípio da supremacia do interesse público. Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme a Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no §5º não se aplica à capacitação técnico-



*operacional, mas a outras exigências” (obra cit.; p. 308/309)
(grifamos).*

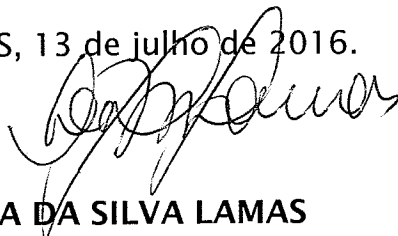
De notar-se, pois, que se encontra amparada pelas orientações de nossos doutrinadores, bem como de balizada jurisprudência, a exigência de capacitação técnico-operacional, para efeitos habilitatórios, quando esta tem por finalidade assegurar o interesse público, do qual a Administração não pode se desviar.

Nesse esteira de pensamento, a argumentação acerca da irregularidade da exigência contida na **cláusula 21.4.1, “c”** também não merece acolhida, visto que ao contrário do que alega a empresa impugnante não há exigência editalícia de “propriedade prévia” de bem, mas tão somente “compromisso de disponibilidade de imóvel destinado a instalação da garagem para a execução do serviço licitado”. Trata-se mais uma vez de exigência amparada legalmente e que visa primordialmente a garantia do interesse público com a eficiência na execução do serviço a ser prestado.

Ante todo o exposto, opinamos pelo **INDEFERIMENTO** da impugnação apresentada, em observância aos princípios da livre concorrência, competitividade e supremacia do interesse público.

Salvo melhor Juízo, é o nosso parecer.

São Mateus-ES, 13 de julho de 2016.



LILIAN PAULA DA SILVA LAMAS

Procuradora Municipal

Decreto nº 7.712/2015