



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SECRETARIA EXECUTIVA
SUBSECRETARIA DE ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Processo n.º 23000.000833/2013-07

Interessado: Diretoria de Tecnologia da Informação

Assunto: Impugnação ao Edital – Pregão Eletrônico nº 08/2013

Senhor Coordenador Geral,

Trata-se de peça impugnatória impetrada pela empresa SIGMA DATASERV INFORMÁTICA S/A, doravante denominada impugnante, apresentou em 13/03/2013 via email, impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 08/2013, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços de engenharia de software.

1 – DA SÍNTESE DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

Assim argumenta a insurgente, conforme síntese abaixo transcrita:

[...]

IV. DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DOS ATESTADOS – POSSIBILIDADE DE COMPROVAR A AUTENTICIDADE POR OUTRAS VIAS – DESVIO DE FINALIDADE

...

V. DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS NÃO PREVISTOS EM LEI COMO DOCUMENTOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

...

VI. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

...

VII. DA NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL E REABERTURA DOS PRAZOS (ART. 21, § 4º, DA LEI 8666/93)

A integra das argumentações da impugnante consta no autos.

[...]

2 – DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS POR ESTE PREGOEIRO

Por tratar-se de assunto referente às especificações técnicas do objeto (itens IV e V), este Pregoeiro encaminhou cópia da Impugnação à Diretoria de Tecnologia da Informação, por meio eletrônico, para que a mesma se pronunciasse sobre o pleito, e que nos fornecesse subsídio visando o encaminhamento do documento de resposta a demandante.

2 – DAS JUSTIFICATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

Em função da solicitação do Pregoeiro, a área técnica emitiu o seguinte pronunciamento:

[...]

IV. DA NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DE FIRMA DOS ATESTADOS – POSSIBILIDADE DE COMPROVAR A AUTENTICIDADE POR OUTRAS VIAS – DESVIO DE FINALIDADE

A presente licitação não está restringindo o caráter competitivo e está seguindo os princípios e à legislação pertinente à licitação.

Para abater os termos da impugnação, faz-se necessário, contra argumentar-se cada ponto atacado.

Em princípio, faz confusão o impugnante, entre autenticidade de documentos e eficácia de atos jurídicos.

A expressão eficácia do ato jurídicos é usada tanto pelo direito civil como pelo direito administrativo, mas em sentidos diferentes, e daí, talvez, a causa da confusão interpretativa. Segundo o direito administrativo, o ato será eficaz ou ineficaz, conforme seja apto a produzir ou não produzir todos os seus efeitos esperados, não significando ineficácia a invalidade do ato, que existe de fato, mas subordinado a uma condição suspensiva ou a um termo.

Certo é que, o art. 32 da Lei Geral de Licitações, regula a forma de apresentação de documentos: ***em original, em cópia autenticada em cartório competente, por servidor da Administração ou em publicação por órgão da Imprensa Oficial***. Tal como afirmado, o art. 32, regula tão somente a FORMA de apresentação de documentos, presumindo-se como verdadeiras as declarações em relação ao signatário não tendo relação direta com a legitimidade da parte. Para tanto, traz-se a baila, o artigo 368 e 369 do Código de Processo Civil Pátrio,

Art. 368. As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência, relativa a determinado fato, o documento particular prova a declaração, mas não o fato declarado, competindo ao interessado em sua veracidade o ônus de provar o fato.

Art. 369. Reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença.

O art. 369 do CPC confere presunção de autenticidade ao documento quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença. Nesse caso, considera-se que o apresentante, ao exibir o documento cuja assinatura contém presunção de autenticidade, cumpre o seu ônus, de modo que volta a prevalecer a regra geral de ônus da prova. O art. 369 do CPC, ao conferir presunção de autenticidade ao documento, quando o tabelião reconhece a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença, não exclui a possibilidade de considerar cumprido o ônus do apresentante pela exibição de documento cuja firma tenha sido reconhecida por semelhança. O reconhecimento por semelhança possui aptidão para atestar a similitude da assinatura apresentada no documento com relação àquelas apostas na ficha de serviço do cartório, bem como o reconhecimento de firma por autenticidade tem a finalidade de atestar, com fé pública, que determinada assinatura é de certa pessoa, ainda que com menor grau de segurança.

Para o exame da matéria, que se refere a uma antinomia aparente de normas, há que se considerar que um dos critérios de interpretação jurídica é o da especialidade. Segundo tal critério, a norma específica prevalece sobre a de natureza geral, considerando-se aquela como “a que acresce um elemento

próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta.” (cf. MARIA HELENA DINIZ, in Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada, p. 74).

A esse respeito, a mesma autora comenta que “a norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma geral...”. Além disso, a norma geral nova não revoga a norma específica, a menos que disponha expressamente sobre a mesma ou promova revogação explícita.

Ao comentar os pontos atacados no art. 30 da Lei nº 8.666/93 pela impugnante, quais sejam:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (grifo da impugnante)

§ 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. (grifo da impugnante)

Cumpri ressaltar que, o Edital de Pregão Eletrônico nº 08/2013 e seus Encartes, nos itens que abarcam a qualificação técnica, restringe a comprovação de atendimento segundo os termos contidos no artigo supra mencionado, restringindo a comprovação da capacidade técnica a apresentação de Atestado de Capacidade Técnica. Não sendo exigido a comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas, conforme enunciado contido no § 5º, do artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Faz-se necessário, comentar as decisões colacionadas. Assim, passa-se a esclarecer o conteúdo do REsp 542333 / RS Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, STJ, cuja matéria sustenta-se a violação aos artigos 3º e 41 da Lei nº 8.066/93, na medida em que os agravantes não tomaram os cuidados necessários à apresentação de instrumento procuratório hábil no momento da entrega das propostas, e entre os princípios que regem o procedimento licitatório encontra-se o do vinculação ao instrumento convocatório.

Como bem elucidado no voto no nobre julgador, “Ora, a ausência de reconhecimento de firma pode ser facilmente suprida pelos demais documentos apresentados e ao longo do procedimento licitatório. Deste modo, ela se constitui em mera irregularidade, perfeitamente sanável, pois não causa qualquer prejuízo ao interesse público”. No caso defeso no STJ é perfeitamente sanável a ausência de reconhecimento de firma uma vez que existem outros documentos que compõe a documentação do licitante que possuem a capacidade de demonstrar a autenticidade e veracidade do documento procuratório. Portanto, o risco de prejuízo ao interesse público é ausente, contudo, a eventual supressão da exigência contida no instrumento convocatório do MEC, deixará a deriva o Princípio do Interesse Público.

É possível entender interesse público como proteção da coletividade, prevalecendo sempre o interesse privado das pessoas, não sendo, portanto, o destinatário do ato da administração apenas uma pessoa, e sim, toda a sociedade. Ainda, na concepção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “é o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerado em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.”. E segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, “a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é em decorrência de sua supremacia”. Ou seja, sempre que houver conflito entre um interesse individual e um interesse coletivo deve prevalecer o interesse público.

Já o manifesto contido no RMS 18254 / RS, Rel. Ministro José Delgado, 1ª Turma, STJ, versa sobre, *Na espécie, restou sobejamente evidenciado que a aposição de rubrica e não de assinatura do perito, no trabalho técnico produzido, não resultou em qualquer irregularidade no certame licitatório, posto que ausente qualquer mácula nos procedimentos substanciais praticado pela Administração Pública.*

O acento, parcialmente colacionado, e julgado pela nobre corte, versa sobre particularidade de trabalho técnico cuja formalidade não implica em prejuízo a interesse público.

Vale lembrar que, o procedimento licitatório é um conjunto de atos sucessivos, realizados na **forma** e nos prazos **preconizados na lei**.

A jurisprudência a respeito da exigência do Atestado de Capacidade já vem sendo discutida pelo TCU. Na 4ª edição do Livro “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, que contempla orientações sobre licitações e contratos administrativos, em sua página 407 trata dos atestados de capacidade técnica:

Atestados de capacidade técnica são documentos fornecidos por pessoa jurídica, de direito público ou privado, para quem as atividades foram desempenhadas com pontualidade e qualidade. E nesse documento que o contratante deve certificar detalhadamente que o contratado forneceu determinado bem, executou determinada obra ou prestou determinado serviço satisfatoriamente.

Ainda utilizando do Livro “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, que contempla orientações sobre licitações e contratos administrativos, em sua página 409, vê-se que:

Devem os atestados de capacidade técnica ser/estar:

- relacionados ao objeto da licitação;
- exigidos proporcionalmente ao item, etapa ou parcela ou conforme se dispuser a divisão do objeto;
- fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, com identificação do emissor;
- emitidos sem rasuras, acréscimos ou entrelinhas;
- **assinados por quem tenha competência para expedi-los;**
- registrados na entidade profissional competente, quando for o caso;

Ainda com relação a exigências de atestados, deve ser observado que:

- seja pertinente e compatível em características, quantidades e prazos exigidos na licitação;
- sempre que possível, seja permitido somatório de quantitativos, de forma a ampliar a competição;
- não seja limitado a tempo (validade), época ou locais específicos;
- possa ser demonstrada a comprovação de aptidão até a data de entrega da proposta, não restrita à de divulgação do edital.

Verifica-se que, com relação à exigência do Atestado de Capacidade Técnica a Administração está exigindo o que a lei de licitações preceitua e o que a jurisprudência orienta.

À exigência prevista, ou seja, quando o Atestado de Capacidade Técnica for emitido(s) por pessoa jurídica de direito privado, o(s) atestado(s) mencionado(s) deverá(ão) apresentar firma reconhecida, a presente licitação não está limitando a concorrência e está de acordo com a jurisprudência já publicada pelo TCU. Destacamos a seguir o ACÓRDÃO Nº 616/2010 – TCU - 2ª Câmara:

ACÓRDÃO Nº 616/2010 – TCU – 2ª Câmara

Vistos, relatados e discutidos estes autos que versam sobre representação formulada por esta Unidade Técnica com o objetivo de averiguar a regularidade na execução dos contratos de fornecimento de mão-de-obra terceirizada para a Companhia de Eletricidade do Acre – Eletroacre.

[...]

9.4.1 na realização de futuros procedimentos licitatórios:

[...]

9.4.1.2 **discrimine de forma inequívoca todos os documentos a terem suas assinaturas com firma reconhecida**, evitando, desta forma, inabilitações pelo descumprimento de formalidades editalícias, ocasionadas pela interpretação equivocada de suas disposições, bem como em busca da proposta mais vantajosa para administração, em conformidade com o art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93; (grifo nosso)

[...]

10. Ata nº 4/2010 – 2ª Câmara.

11. Data da Sessão: 23/2/2010 – Extraordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0616-04/10-2.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (na Presidência), Benjamin Zymler (Relator), Raimundo Carreiro e José Jorge.

Vale ressaltar ainda que, o § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, versa sobre a promoção de diligência destinada a **esclarecer ou a complementar a instrução do processo**, ou seja, esclarecer ou complementar informações quanto aos serviços a serem comprovados por meio de Atestado(s) de Capacidade Técnica. Desta forma tal exigência é totalmente impertinente, motivo pelo qual não assiste razão a impugnante no seu pleito.

...

IV. DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS NÃO PREVISTOS EM LEI COMO DOCUMENTOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

Ao discorrer sobre a capacidade técnica a ser comprovada pelos promitentes licitantes, o Edital de Pregão Eletrônico nº 08/2013, reservou o Encarte E as regras gerais de apresentação dos Atestados de Capacidade Técnica, bem como, sobre aquelas específicas a comprovação da capacidade operacional. Da leitura das letras de “a” a “d” acima, conclui-se que todos os itens instruem os promitentes licitantes a apresentação das informações contidas em seus subitens, que devem estar contidas e comprovadas através de Atestado(s) de Capacidade Técnica, se não relembramos o contido no **item 2_ Comprovação de Habilitação Técnica – Aspectos Gerais_** do Encarte E :

*“Independente do cumprimento das exigências relativas à Habilitação Jurídica, Econômico-Financeira e Fiscal, **serão habilitadas as licitantes que apresentarem Atestado(s) de Capacidade Técnica (ACT) em nome da licitante, expedido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando o disposto nos itens 2 (dois), 3 (três) e 4 (quatro) deste encarte[...]**”*

O texto em destaque, é cristalino que o MEC exige que seja comprovado através da apresentação de ACT as exigências contidas nos itens 2, 3, e 4. Portanto, não se trata da apresentação de documentos não previstos em lei, uma vez que os itens 3 e 4 discorrem sobre o TIPO DE INFORMAÇÃO e PRODUTO que deverão constar no(s) Atestado(s) de Capacidade Técnica. Oportuno salientar que, a apresentação de Atestado(s) de Capacidade Técnica em modelo de tabelas são orientadores, uma vez que, permitem uma melhor visualização do TIPO DE INFORMAÇÃO e PRODUTO cuja capacidade técnica deverá ser demonstrada. Parece-nos que a impugnante mais uma vez, faz confusão ao interpretar o Edital e seus Encartes.

Quanto a solicitação de evidências, informamos que a impugnante poderá acessar o site do MEC ou do COMPRASNET e verificar as respostas aos

questionamentos apresentados, haja vista que o MEC já elucidou a questão, a exemplo, como se segue:

QUESTIONAMENTO V

PERGUNTA 3 – “Quanto as tabelas (2; 3; 7; 8; 9) constantes no Encarte "E" a serem preenchidas pelas licitantes, todas as tabelas mencionadas exigem que sejam anexadas evidências. Perguntamos que tipo de evidências serão aceitas para efeitos de comprovação?”

Em resposta ao questionamento feito por empresa interessada em participar do

Pregão nº 08/2013, transcrevemos abaixo a resposta da área técnica:

“QUALQUER EVIDENCIA QUE DESCREVA A REALIZAÇÃO DO TRABALHO.”

PERGUNTA 4 - Por exemplo, se no atestado de capacidade técnica apresentado

pela Licitante conter a menção do tipo de informação exigida, podemos considerar

com uma evidência que será aceita?”

Em resposta ao questionamento feito por empresa interessada em participar do

Pregão nº 08/2013, transcrevemos abaixo a resposta da área técnica: “SIM. INFORMAMOS QUE TODA E QUALQUER INFORMAÇÃO SERÁ AFERIDA.”

Desta forma tal exigência é totalmente impertinente, motivo pelo qual não assiste razão a impugnante no seu pleito.

[...]

Coube a este Pregoeiro a resposta referente aos itens VI e VII do instrumento impugnatório, que discorreremos agora.

Quanto ao item VI da impugnação, muito embora o subitem 4.2.1 e o subitem 9.3 do instrumento convocatório tenham saído com a referida Lei e com a documentação jurídica necessária caso haja participação de Cooperativas, a mesma está vedada, vez que no presente certame os serviços a serem contratados por este Ministério demandam, por sua natureza, estado de subordinação em relação ao prestador dos serviços e requer pessoalidade e habitualidade, o que caracteriza relação de emprego entre os contratados e a prestadora de serviço, afastando assim a participação de Cooperativas. As normas editalícias deixam claro que, para executar o objeto do edital em referência, a licitante vencedora deverá colocar a disposição do MEC pessoas que cumpram os serviços que deverão ser executados no Distrito Federal, e por isso mesmo exigem uma disposição e presença constante dos empregados na instituição.

Assim, os serviços a serem contratados exigem subordinação da contratada. A vedação da participação de Cooperativas também encontra respaldo no entendimento do TCU (Acórdão 975/2005, 2ª Câmara TCU, voto Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha), que explica que “...15. Neste caso existe vínculo de subordinação entre a contratada e o obreiro, por força da natureza dos serviços que serão executados, que compreende a execução de atividades operacionais tais como auxiliares de arquivo, almoxarifado, transportes, entrega de documentos, operação de computadores...” e depois, “...constatada a presença de subordinação não é cabível a contratação de cooperativa de trabalho...”

Já em relação ao item VII informamos que não há necessidade de republicação do edital, bem como a reabertura dos prazos não se faz necessária, vez que não houve alterações no edital que prejudiquem a formulação de propostas por parte das licitantes

4 – CONCLUSÃO

Diante do exposto acima e com base nas razões apresentadas pela Diretoria de Tecnologia da Informação, proponho a Vossa Senhoria o encaminhamento da peça a Subsecretaria de Assuntos Administrativos, para conhecimento da presente peça por ser tempestiva, para, no mérito **INDEFERIR** a impugnação apresentada pela empresa, conforme parecer da área técnica – DTI e deste Pregoeiro.