

RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Da: Comissão de Licitação  
Para: Superintendente de Engenharia  
Assunto: Instrução de Recurso Administrativo  
Referente: Licitação nº 080/LALI-1/SBSP/2020  
Objeto: Licitação Eletrônica Nº 0080/LALI-1/SBSP/2020 - Contratação de serviços de elaboração de projeto executivo e execução das obras e serviços de fresagem do revestimento asfáltico existente, execução de camada estrutural de concreto asfáltico (CBUQ), e execução de camada superficial porosa de atrito (CPA) na Pista de Pouso e Decolagem 17R/35I e serviços complementares no Aeroporto de Congonhas/SP.

Recorrente: FBS Construção Civil e Pavimentação S/A, inscrita sob o CNPJ nº 66.806.555/0001-33.

Recorrida: Consórcio CPA, formado pelas empresas Conserva de Estradas Ltda, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 16.661.910/0001-55 e Via Magna Infraestrutura Ltda – organizada no CNPJ/MF sob o nº 21.071.247/01-79.

Senhor Superintendente,

Trata-se de instrução recursal administrativa às argumentações intercaladas pela licitante FBS Construção Civil e Pavimentação S/A (recorrente) contra o ato de "*declaração de vencedora do certame*" ofertado à arrematante Consórcio CPA (recorrida), observado as regras editalícias.

A Comissão de Licitação, consubstanciada no Parecer da Equipe Técnica - MEMORANDO Nº SEDE-MEM-2020/02804, de 02/06/2020 -, apensado às fls. 981/986 do Processo Administrativo nº CSAT-ADM-2020/01038, aceitou o preço global de R\$ 11.500.000,00 (onze milhões e quinhentos mil reais) e, observado os preceitos antecipados no Edital, declarou a aceitabilidade dos preços unitários precificados e ajustados, segundo a regra editalícia disposta no subitem 11.1.1<sup>1</sup> do instrumento convocatório, e, no mesmo ato, considerou habilitada a licitante arrematante Consórcio CPA, por ter constatado o pleno atendimento das exigências editalícias.

<sup>1</sup> Encerrada a etapa competitiva do processo, poderão ser divulgados os custos das etapas do orçamento estimado que estiverem abaixo dos custos das etapas ofertados pelo licitante da melhor proposta, para fins de reelaboração da planilha com os valores adequados ao lance vencedor, na forma prevista no subitem 11.1.



Neste contexto, a recorrente motivou seu memorial recursal, contrária à decisão da Comissão de Licitação, em assegurar que o Consórcio CPA foi erroneamente habilitado neste certame, porque a documentação de habilitação “descumpre várias condições editalícias”, assim distribuídas: (1) houve irregularidade no apoderamento do atestado do DER/MG porque inexistente previsão legal para compartilhar o mesmo atestado; (2) utilização integral do atestado objeto da licitação Camter-Contrex; e, segundo a leitura da recorrente dever-se-ia aplicar redução vertiginosa sobre o valor de 50% do quantitativo executado da Camada Porosa de Atrito – CPA; (3) apresentação intempestiva de documentos específicos da regularidade da transferência do acervo técnico – a exemplo dos bens móveis (equipamentos/máquinas); (4) indica que os serviços relativos a execução dos serviços de CPA “são apresentados com asteriscos” o que colocaria dúvidas quanto a esses serviços; (5) Certidão de Acervo Técnico – CAT Retificadora do profissional Eng. Civil Antônio Augusto Duboc Brauna, extemporânea, tratada, assim, pela recorrente como “documento novo”; (6) ausência de BDI analítico antes da fase competitiva; (7) proposta comercial inexecutável, porque alguns preços unitários irrisórios e inferiores ao de mercado.

Propor-se-á, no transcurso desta instrução administrativa, as reprimendas entregues pela RECORRENTE e RECORRIDA, em breves sínteses; bem como, o exame da Comissão de Licitação, orientado pelo Edital de Licitação e da legislação aplicável.

#### 1. DA RAZÃO RECURSAL ENTREGUE PELA RECORRENTE – FBS Construção Civil e Pavimentação S/A (em breve síntese)<sup>2</sup>

Inicialmente, enfatiza a importância do Aeroporto de Congonhas/SBSP, situado em área urbanizada, e da responsabilidade de se buscar contratar empresas com aptidão para executar o escopo pretendido pela administração.

Pontua que a documentação de habilitação/proposta da licitante declarada vencedora – Consórcio CPA – “*decumpre várias condições editalícias, não havendo qualquer certeza quanto à sua experiência na execução dos mais relevantes serviços para o presente empreendimento*”.

Aduz que a Comissão de Licitação, em seu julgamento, “*leva em elevada consideração a questão de o recorrido ter apresentado a proposta nominalmente de menor valor, flexibilizando algumas regras do edital no afã de garantir a dita economicidade da contratação*”. E, em seguida, dizer que “*... independente de qual seja a pretensa vantagem econômica que possa advir com a contratação de determinada empresa/consórcio, **jamaís se pode permitir o descumprimento das regras do edital**. Pois o descumprimento das regras editalícias não implica em afronta apenas ao princípio da vinculação ao edital expressamente previsto no*

<sup>2</sup> O texto completo do recurso administrativo do FBS Construção Civil e Pavimentação S/A encontra-se disponibilizado no site: [http://licitacao.infraero.gov.br/portal\\_licitacao](http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao)



*art. 31 da Lei das Estatais, mas também viola o princípio da isonomia, uma vez que a empresa que descumpra o edital é beneficiada em detrimento das demais licitantes que se desincumbiram do seu ônus de atender a todas as determinações do ente contratante".*

Lembre-se, ademais, que a proposta mais vantajosa não é apenas aquela que apresenta o menor preço, absolutamente!!! A proposta mais vantajosa é aquela que, além de apresentar um bom preço, **cumpra indiscutivelmente os aspectos técnicos exigidos no instrumento convocatório.**

Considerar uma proposta vantajosa apenas em razão de seu preço pode resultar em consequência diametralmente oposta àquela que pretendia o ente contratante. Proposta com valores muito baixo não raras as vezes têm de ser reequilibradas, o que pode implicar em custos adicionais e não previstos pelo ente contratante, fazendo desaparecer a economicidade pretendida na disputa. Pode ocorrer, de igual modo, que **o contratado deixe de cumprir suas obrigações contratuais, uma vez que sua proposta deficiente não lhe permite cumprir as funções para as quais fora contratado, o que pode implicar em atrasos da obra ou na necessidade de rescisão do contrato, o que resultaria em elevados custos.**

Mas, o pior cenário é a situação em que a proposta deficiente e insuficiente, resulta na **execução irregular da obra contratada, comprometendo a segurança e a efetividade do empreendimento.**

Acentua que o Consórcio CPA não atende a qualificação técnica profissional/operacional, e ainda, que a proposta – sem o detalhamento do BDI – é inexecutável. A partir dessas constatações, conclui que esses requisitos *"não podem ser relativizados ou desconsiderados sob qualquer hipótese"*.

Expressa que o acervo operacional apresentado pelo Consórcio CPA, emitido pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG, não atende o Edital – alínea "c.3" do subitem 12.1.1.

Assevera que o executor dessa obra fora o Consórcio ATERPA-CAMTER. O uso desse atestado, emitido pelo DER/MG, pelo Consórcio CPA *"decorre do uso compartilhado do atestado pela CAMTER e pela empresa criada em decorrência de sua cisão parcial"*.

(...)

Como se viu, o atestado foi emitido em benefício da empresa CAMTER – CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S.A. Essa empresa, conforme consta das fls. 053 e seguintes, foi parcialmente cindida, sendo que, no mesmo ato, houve a criação da empresa CONTREX – CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., que foi a receptora da parcela cindida da empresa CAMTER.

Posteriormente, conforme se constata à fl. 70, a empresa CONTREX – CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. Teve sua razão social alterada, passando a ser 'VIA MAGNA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.'.



Em seguida, após a alteração da razão social da empresa, houve nova cisão. Desta vez, foi a empresa 'VIA MAGNA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA.' que foi parcialmente cindida sendo que a parcela do patrimônio da empresa cindida foi vertida em benefício de uma nova empresa criada, qual seja 'VIA MAGNA INFRAESTRUTURA LTDA.' que é a empresa integrante do CONSÓRCIO CPA.

(...)

Percebe-se, portanto, que foram várias operações societárias até que chegasse à empresa VIA MAGNA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA., integrante do Consórcio recorrido. Salienta-se que, em regra, não há qualquer ilegalidade na transferência de acervos, desde que observados os requisitos estabelecidos pela jurisprudência judicial e administrativa consolidada sobre a matéria.

(...)

Detalha o protocolo de justificação da cisão entre a  
CAMTER – CONTREX.

(...)

A primeira delas, que deve ser analisada na espécie, é que com a cisão parcial da empresa CAMTER não houve efetivamente a transferência do acervo técnico para a empresa cedida, como comumente acontece. O que ocorreu, em verdade, foi a atípica permissão do uso compartilhado dos atestados por determinado período, conforme estabelece a primeira parte do item 2.5 do protocolo de justificação da cisão (fl. 56):

*“2.5. Para todos os fins de direito, os direitos correspondentes à capacitação técnico-operacional, integrantes do acervo da CAMTER, representados pelos atestados técnicos, CATs e ARTs, descritos no Anexo II – Parte ‘B’, deste protocolo terão seu uso compartilhado pelas empresas CAMTER e CONTREX.*

*Poderão ser emitidas novas CATs respeitadas as ARTs lançadas no ANEXO II – Parte ‘B’, sendo que a cindenda CONTREX só poderá compartilhar dos atestados das obras em andamento até 31/12/2011”.*

No entanto, percebe-se que essa previsão contida no protocolo de justificação **não encontra qualquer respaldo legal que permita concluir pela possibilidade de duas empresas compartilharem um mesmo atestado de qualificação técnica emitido em favor apenas de uma delas.**

Como se sabe, para que seja possível a transferência de acervo, é necessário que, juntamente com o acervo, **sejam transferidos os bens móveis que permitam tal execução, bem como que os profissionais de ambas as empresas tenham capacitação semelhante para executar aqueles serviços.** Disso resulta a seguinte indagação: como poderia a empresa transferir seu acervo técnico, juntamente com os bens móveis a ele relacionados, e ainda assim continuar como titular daquele atestado transferido? É uma situação totalmente absurda!



O art. 229 da Lei das Sociedades Anônimas estabelece que “A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.” Assim, ao menos em tese, é necessário que a empresa cindida transfira sua capacitação para que a empresa cindenda possa se valer da atestação que pretende.

No caso dos autos, embora tenha havido indicação de transferência dos bens móveis, as empresas mantiveram a regra de que o uso do atestado seria compartilhado, o que traz sérias dúvidas acerca da transferência efetiva e suficiente dos equipamentos e pessoal necessário. Afinal, os bens transferidos são suficientes para que a empresa cindenda tenha capacitação técnica para executar obra dessa natureza? A empresa cindida manteve parcela do seu patrimônio com o objetivo de manter sua capacitação técnica para realizar obras da mesma natureza?

(...)

Edifica entendimento da antagonismo de ser utilizar o compartilhamento total dos quantitativos constantes do atestado emitido pelo DER/MG entre as empresas cindida e cindenda.

(...) Soma-se a isso o fato de que, em sendo de fato compartilhado o atestado – e sendo essa absurda hipótese admitida por essa D. Comissão – seria necessário que se estabelecesse o percentual que cada uma das empresas teria em relação a esses atestados, uma vez que, evidentemente, **não existe qualquer possibilidade de que ambas as empresas sejam titulares da integralidade da parcela da obra executada pela CAMTER.**

Nesse sentido, convém colacionar o julgado do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4 em que **tratava da impossibilidade de que, em decorrência de cisão, duas empresas virassem titulares da integralidade dos atestados de capacitação técnica.** Veja:

*“Admitir que a cisão de uma empresa seja feita com manutenção de sua total capacidade econômica, técnica e operacional em cada uma das empresas derivadas seria criar matéria do nada mediante ficção.*

(...)

*Embora constasse do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial da CCM – Construtora Centro Minas Ltda. / Atos da Cisão que os atestados técnicos descritos no Anexo III, parte A, seriam vertidos à empresa LCM e os descritos na Parte B, à empresa Ethos (Evento 1 – OUT10 – p. 13), no caso específico do atestado n. 15.823, utilizado para a comprovação de capacidade técnica pela impetrante, o documento foi transferido às duas empresas cindendas, criando uma situação de duplicação da capacidade técnica retratada no atestado, visto que, na forma como realizada a reorganização societária, o atestado poderia ser utilizado*

5



*pelas empresas LCM e Etho, possibilitando um irregular compartilhamento de acervo técnico em afronta aos princípios que regem a licitação.*

*Para que o atestado pudesse ser utilizado no procedimento licitatório objeto desta ação, era necessário ficar suficientemente esclarecido em que proporção se daria o compartilhamento do acervo técnico pelas cindendas, fato que não ocorreu.*

(...)

**Entender que cada uma das empresas possui 100% do atestado é inaceitável, pois, evidentemente, as mesmas, após a cisão não detêm os mesmos equipamentos e pessoal que detinha a empresa cindida, que recebeu o atestado.**

*Quanto ao ponto, tenho que razão assiste à impetrante. **Não há por onde presumir-se a manutenção da integralidade da capacidade econômica, técnica e operacional da empresa cindenda pelas duas empresas resultantes da cisão.** Em sendo assim, deveria a autoridade coatora, à falta de previsão legal e editalícia, ter fundamentado qual o critério por ela adotado. No entanto, ao prestar informações (evento 10 do mandado de segurança), o pregoeiro oficial, embora admita que a aceitação do atestado em nome da empresa cindida seja matéria polêmica e que cabe a ele decidir pela aceitação ou não do referido documento para habilitação, apenas noticia que decidiu habilitar a empresa LCM Construção e Comércio S/A, sem apresentar qualquer motivação para tanto, o que só vem a reforçar os fundamentos da liminar deferida.”<sup>3</sup>*

Por esse motivo, há fortes dúvidas quanto à suficiência dos bens e direitos transferidos da empresa CAMTER para a CONTREX, o que coloca em dúvida a capacidade do próprio consórcio, que sucedeu o acervo da referida empresa. Isso porque, não poderia a CAMTER transferir seu patrimônio e continuar apta a executar os trabalhos, nos termos do precedente acima, de modo que se conclui que, ou a empresa transferiu bens e direitos insuficientes para garantir à CONTREX a experiência necessária, ou transferiu bens e direitos suficientes e então o atestado não poderia ser compartilhado.

O fato é que, nos termos do julgado acima, **“Entender que cada uma das empresas possui 100% do atestado é inaceitável”.**

(...)

Enfatiza outra impropriedade no atestado emitido pelo DER/MG a de que a mencionada obra/serviços estava em execução quando da instrumentalização do negócio jurídico de cisão parcial entre as empresas CAMTER - CONTREX.

<sup>3</sup> TRF-4 - AG: 50569275320174040000 5056927-53.2017.4.04.0000, Relator: ROGERIO FAVRETO, Data de Julgamento: 26/10/2017, TERCEIRA TURMA



(...)

Outro fator relevante que impede a admissibilidade do atestado é que a obra estava em execução quando da formalização da cisão parcial – e ainda parece estar pelo que consta da CAT emitida em abril/2020. Considerando isso, como poderia a empresa CAMTER continuar executando a obra se transferiu seus bens e direitos necessários à execução dos serviços? Além disso, o fato de se tratar de um atestado parcial demonstra a ilegalidade da conduta do recorrido, uma vez que **não poderia a empresa CAMTER executar uma parcela da obra e em seguida ceder essa experiência para outra empresa e, ainda assim, continuar executando aqueles serviços para que fora contratada. É absurdo!**

(...)

Atesta que a qualificação técnica – acervo CPA – apresentada pela licitante declarada vencedora do certame não poderia ser utilizada em sua totalidade – 571,85 m<sup>3</sup> – porque o compartilhamento não abrange o uso integral pelas empresas cindida e cindenda.

(...)

De todo modo, ainda que possível fosse a utilização do atestado – o que se faz mediante extremo esforço argumentativo – ainda assim o Consórcio recorrido não poderia ser habilitado, uma vez que não atingiu os quantitativos mínimos exigidos no edital.

Primeiramente, em continuidade à discussão acima apresentada, se fosse possível o compartilhamento do atestado esse compartilhamento não poderia ser integral. Isto é, deveriam ser estabelecidos os percentuais que cada uma das empresas que compartilham a atestação tem direito. Não sendo estabelecido um percentual no protocolo, como ocorre no caso em tela, deveria ser considerado que cada uma das empresas que compartilham o atestado possui 50% dos quantitativos nele mencionados.

Essa questão também foi tratada no referido Acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Vejamos:

*“Para que o atestado pudesse ser utilizado no procedimento licitatório objeto desta ação, era necessário ficar suficientemente esclarecido em que proporção se daria o compartilhamento do acervo técnico pelas cindendas, fato que não ocorreu.*

(...)

*Assim, se o mesmo atestado é vertido para as duas empresas cindendas sem referir o percentual que de cada uma, por uma questão de lógica, deve-se considerar o percentual de 50% para cada empresa cindenda. Entender que cada uma das empresas possui 100% do atestado é inaceitável, pois, evidentemente, as mesmas, após a cisão não detêm os mesmos equipamentos e pessoal que detinha a empresa cindida, que recebeu o atestado.”.*

Sendo assim, a utilização de qualquer atestado de qualificação técnica por qualquer das empresas deveria se dar na proporção de 50% do quantitativo indicado no referido atestado.



(...)

Traceja mais uma inconsistência temporal para considerar os quantitativos – de 50% (cinquenta por cento) válidos, expresso no atestado do DER/MG, assim argumentados:

(...) o item 2.5 do referido protocolo de justificação da cisão (fl. 56) permitiu – ilegalmente – o compartilhamento dos atestados de qualificação técnica de obras em andamento. Porém, o documento estabelece uma **limitação temporal para a utilização dos atestados pela CONTREX** – cujos atestados foram vertidos em benefícios da VIA MAGNA posteriormente – nos seguintes termos:

*“2.5. Para todos os fins de direito, os direitos correspondentes à capacitação técnico-operacional, integrantes do acervo da CAMTER, representados pelos atestados técnicos, CATs e ARTs, descritos no Anexo II – Parte ‘B’, deste protocolo **terão seu uso compartilhado pelas empresas CAMTER e CONTREX.***

***Poderão ser emitidas novas CATs respeitadas as ARTs lançadas no ANEXO II – Parte ‘B’, sendo que a cindenda CONTREX só poderá compartilhar dos atestados das obras em andamento até 31/12/2011.”***

Portanto, é claro e inequívoco que a CONTREX somente poderia utilizar os atestados de obras em andamento até 31.12.2011, e, evidentemente, a empresa que sucedeu seu acervo também deve limitar a utilização das obras em andamento até 31.12.2011.

Sendo assim, tem-se que a empresa VIA MAGNA INFRAESTRUTURA, integrante do Consórcio CPA, e que sucedeu o acervo técnico da empresa CONTREX (posteriormente denominada VIA MAGNA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS) **não pode se valer da integralidade dos atestados que superaram o prazo previsto no protocolo de justificação da cisão.**

Definidas essas premissas, convém analisar sobre essa perspectiva o atestado emitido pelo DER/MG em favor da empresa CAMTER, cujo acervo fora compartilhado entre empresas até que chegasse à empresa VIA MAGNA INFRAESTRUTURA.

O quantitativo de Camada Porosa de Atrito comprovada naquele atestado é de 1.143,7m<sup>3</sup> e o prazo de execução informado é de 40 (quarenta) meses de obra. Veja:

(...)

A obra em questão, necessário destacar, foi executada em Consórcio, sendo que cada uma das empresas possuía apenas 50% de participação. Eis a segunda limitação dos quantitativos.

Considerando que a execução se iniciou em 22.07.2011 e considerando que o referido atestado somente poderia ser utilizado pela empresa VIA MAGNA INFRAESTRUTURA até 31.12.2011, tem-se que a empresa VIA





**MAGNA somente pode se valer de 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias do atestado em questão.**

Há aqui, portanto, a terceira limitação aos quantitativos que podem ser considerados.

As premissas apresentadas permitem a realização de um cálculo rápido. Considerando o prazo contratual e o volume executado (40 meses → 1.143,7m<sup>3</sup>, devendo ser considerado 50% desse quantitativo em razão de a obra ser executada em consórcio), bem como prazo que pode ser considerado para a empresa VIA MAGNA INFRAESTRUTURA (5 meses e 18 dias), percebe-se que o volume a ser considerado **é de apenas 80,85m<sup>3</sup>**. Chega-se a tal conclusão considerando-se que 5 meses e 18 dias representa 14,14% da parte cabente à consorciada CAMTER (50%).

Porém, não se deve esquecer que há ainda a limitação de 50% desse quantitativo em razão do compartilhamento dos atestados entre a empresa cindida e a cindenda, **o que resulta na diminuição do quantitativo considerado para 40,42m<sup>3</sup>**.

Em razão da existência de várias limitações dos quantitativos, para melhor elucidar a questão, convém pontuar cada um deles abaixo:

Quantitativo do Atestado (DER/MG)	Limitação por execução em Consórcio (-50%)	Limitação por compartilhamento do Atestado entre cindida e cindenda (-50%)	Limitação pelo prazo de compartilhamento (-14,14%)	<b>Quantitativo a ser considerado</b>
1.143,7m <sup>3</sup>	571,85m <sup>3</sup>	285,92m <sup>3</sup>	40,42m <sup>3</sup>	<b>40,42m<sup>3</sup></b>

Na tabela acima, foi considerado na primeira coluna o quantitativo total e, nas colunas seguintes, os percentuais que deveriam ser considerados sucessivamente, até que se chegou ao quantitativo que deve ser levado em consideração.

**Portanto, percebe-se que o quantitativo efetivamente comprovado pelo CONSÓRCIO CPA é absolutamente inferior àquele exigido. Enquanto o instrumento convocatório exigiu a comprovação de, no mínimo, 542m<sup>3</sup> (item 12.1.1, 'c.3), o recorrido comprovou apenas 40,42m<sup>3</sup>.**

(...)

**Ainda que, por absurdo, se considerasse TODO O VOLUME DE CPA CONSTANTE DO ATESTADO DE 40 MESES EXECUTADO DENTRO DOS 5 MESES E 18 DIAS INICIAIS DO CONTRATO, A EMPRESA VIA MAGNA INFRAESTRUTURA ATINGIRIA SOMENTE 285,92 m<sup>3</sup>!!!**

(...)

Quando o protocolo de justificação da cisão parcial da empresa CAMTER estabeleceu o uso compartilhado dos atestados, ele expressamente destacou que a empresa CONTREX (e evidentemente se aplica a mesma regra para as empresas que receberam seu acervo) somente poderia utilizar os atestados de obra em andamento **até 31.12.2011**. Assim, se há uma limitação temporal, consequentemente há uma limitação do quantitativo



que pode ser considerado, pois não faria sentido restringir-se o prazo e permitir a utilização integral do quantitativo comprovado no atestado.

Portanto, somente pode ser utilizado o atestado da empresa CAMTER pela CONTREX ou pela VIA MAGNA INFRAESTRUTURA, de obras realizadas até 31.12.2011. Depois dessa data, os atestados são de exclusiva propriedade e utilização da empresa CAMTER, nos termos do que dispôs o protocolo de justificação. Diante disso, é claro o desatendimento à regra do edital.

(...)

Argumenta intempestividade de apresentação de documentos comprobatórios da transferência de acervo técnico-operacional, qual seja, bens móveis transferidos, estes apresentados somente quando da abertura de diligência administrativa.

(...)

Como diversas vezes mencionado, o atestado utilizado para comprovação da prévia experiência em execução de Camada Porosa de Atrito – CPA o CONSÓRCIO CPA se valeu de atestado supostamente de titularidade da empresa VIA MAGNA em decorrência de transferências de acervo por algumas empresas.

Para que o atestado seja admitido dentro dessas condições, como é cediço, é necessário que sejam observados uma série de requisitos e exigida a apresentação de diversos documentos comprobatórios da regular transferência do acervo.

No entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU (Acórdão n. 2.444/2012 – Plenário), a transferência do acervo técnico, total ou parcial, é possível desde que observados alguns requisitos. São eles:

*“- a ocorrência de transferência do patrimônio tangível juntamente com parcelas do conjunto subjetivo de variáveis que concorreram para a formação da cultura organizacional da empresa ‘cedente’;*

*- a existência de tratamento expresso, no negócio jurídico que tenha formatado a operação reestruturante, quanto à divisão do acervo técnico da empresa;*

*- a existência de total compatibilidade entre os responsáveis técnicos que constam do acervos transferidos e o responsável técnico da empresa ‘cessionária’.”.*

Embora o entendimento do E. TCU trate de transferência de acervo, e não utilização compartilhada como é o caso, os mesmos requisitos devem ser observados na espécie.

Percebe-se, pelo entendimento do E. TCU, que não basta a mera transferência do atestado de capacidade técnica, uma vez que ele, por si, nada de experiência transfere à empresa que o recebe. Justamente por esse motivo, entende-se que além do atestado, deve-se transferir também equipamentos e materiais relacionados àquela experiência atestada, bem como os recursos humanos necessários para que a empresa cessionária



tenha, de fato, condições de executar obras semelhantes àquelas mencionadas no acervo.

Desse modo, a relação de bens móveis transferidos deve ser analisada em conjunto com o atestado cedido, sob pena de ele não ser aceito.

Na espécie, percebe-se que o CONSÓRCIO CPA não se atentou a tais regras, e, mais uma vez, com total descuido, deixou de apresentar ao protocolo de justificação da cisão parcial o Anexo II, parte 'A' que indicaria a relação de bens móveis transferidos.

(...)

Por sorte do CONSÓRCIO CPA – ou por total desleixo – sua documentação tinha outras máculas, o que fez com que a D. Comissão de Licitação determinasse a realização de diligência sobre ponto que ainda será impugnado.

Em resposta à diligência, embora tal documento não tivesse sido requerido pela D. Comissão, o CONSÓRCIO CPA furtivamente apresentou o Anexo II, parte 'A' com outros documentos que diziam respeito a fatos objeto da diligência.

O fato é que o Anexo II, parte 'A' não é um documento novo ou um documento que poderia ser dispensado. Também não é um documento que poderia ser obtido por meio de diligência, uma vez que não tem a finalidade de esclarecer dúvida sobre documento existente. Ao contrário de tudo isso, a relação de bens móveis transferidos é **documento essencial para aferir a regularidade da transferência do acervo**, sem o que ela deve ser reputada inválida.<sup>4</sup>

Portanto, uma vez que não fora apresentada a documentação adequada no momento oportuno, não mais poderá ser aceita a documentação apresentada pelo CONSÓRCIO CPA.

(...)

No caso do CONSÓRCIO CPA, a sua documentação estava incompleta, uma vez que faltava um documento essencial para aferir a regularidade dos atestados por ele apresentados. A apresentação posterior do documento implica em inobservância da regra do edital, não sendo adequado afirmar que a apresentação do documento por meio de diligência supriria a falta, uma vez que não se permite, por meio de diligências, apresentar documentos que deveriam constar com a documentação inicial da disputa.

Posto isso, de rigor reconhecer que não foram observados os procedimentos adequados para comprovação da regularidade da transferência do acervo técnico, de modo que ele não pode ser considerado para qualquer finalidade nessa disputa.

(...)

<sup>4</sup> Nesse sentido: “Processual Civil. Agravo de instrumento. Administrativo. Licitação. Regime diferencial de contratação. Consórcio vitorioso irregular. Cisão empresarial inválida. Simulação. **Transferência vazia de acervo técnico. Risco evidente para o cumprimento do contrato com a Administração Pública.** Agravo de instrumento provido. Agravo interno prejudicado.”. (TRF-5 - AG: 08004183020174050000 SE, Relator: Desembargador Federal Lazaro Guimarães, Data de Julgamento: 01/06/2017, 4ª Turma)



A impugnante enumera irregularidades praticadas pela Comissão de Licitação, de aceitação, através de diligência administrativa, de “Apresentação de Nova CAT”, para comprovar um dos acervos profissionais – Camada Porosa de Atrito/CPA, exigência disposta na alínea “b.3” do subitem 12.1.1 do Edital.

(...)

Em relação à qualificação técnico-profissional, o CONSÓRCIO CPA indicou o Eng. ANTONIO AUGUSTO DUBOC BRAUNA, com a finalidade de comprovar a sua qualificação para o item ‘Camada Porosa de Atrito – CPA’, e o fez por meio da CAT n. 1420200001832.

Essa certidão de acervo técnico, porém, possui uma série de irregularidades que não permitem a habilitação do CONSÓRCIO CPA em relação à qualificação técnico-profissional.

Percebe-se, inicialmente, que mais uma vez o CONSÓRCIO CPA foi desidioso com a organização de sua documentação, posto que apresentou **Certidão de Acervo Técnico – CAT que não indica a execução de atividades que pendem de comprovação no presente certame.**

(...)

Note que a única atividade executada segundo consta na Certidão do CREA é a de terraplenagem, inexistindo qualquer informação a respeito da execução de alguns dos serviços exigidos no instrumento convocatório, como exemplificativamente, a CPA.

Essa conduta implica em claro descumprimento da regra do edital, não havendo possibilidade mínima de que o licitante seja habilitado se não apresentou a comprovação de atendimento ao edital quando da apresentação dos seus documentos.

(...)

É uma exigência que, uma vez descumprida, não se permite qualquer providência tendente ao recebimento e habilitação do licitante. A ausência de comprovação da execução de determinadas atividades por meio da CAT é causa para direta inabilitação.

Essa D. Comissão de Licitação, ao analisar a documentação enviada pelos licitantes, constatou a total impertinência da Certidão de Acervo Técnico apresentada, ressaltando, inclusive, que não estariam descritas as atividades exigidas no edital.

A par disso, embora tenha constatado a ocorrência de inequívoco fato ensejador a inabilitação do CONSÓRCIO CPA, a D. Comissão de Licitação entendeu por bem determinar a realização de diligência voltada a apurar aquela ocorrência.

(...)

Ora, com o devido respeito a essa D. Comissão de Licitação, deve-se destacar que **não é adequada a realização de diligência quando uma Certidão de Acervo Técnico – CAT indiscutivelmente não indica o serviço que deve ser comprovado pelos licitantes.** Note que não é uma



questão de dúvida se aquele serviço é compatível/similar, ou sobre quantidades/qualidades. Trata-se aqui de uma certeza de que aquele serviço não constava na CAT.

Ainda assim a diligência foi indevidamente realizada.

Em resposta à determinação da D. Comissão, o **CONSÓRCIO CPA apresentou documento novo, consubstanciado em Certidão de Acervo Técnico Retificadora. Desta vez, o rol de atividades executadas é extenso e detalhado, contendo uma série de informações que pela CAT anterior sequer seria possível presumir. Este foi o único documento apresentado para atender a diligência em relação a esse ponto!**

Frise-se que a ordem de diligência foi para que o CONSÓRCIO CPA apresentasse **documentos relativos à obra, que comprovassem a participação do referido engenheiro na execução dos serviços.** Veja que a ordem de diligência chegou a trazer alguns exemplos de documentos que poderiam ser juntados (*através de diários de obra, declaração da contratante, registros da execução da obra*), mas o CONSÓRCIO CPA deu de ombros para a decisão da D. Comissão de Licitação, preferindo emitir uma nova e questionável Certidão de Acervo Técnico – CAT.

Não é preciso lembrar que é vedado que o licitante, por meio de diligência, apresente documentos novos que deveriam ter sido apresentados com a documentação da proposta. A diligência não se presta a corrigir o vício na documentação, mas sim para esclarecer ou complementar alguma informação que precise de detalhamento.

Para vícios na documentação outra é a solução cabível: **a inabilitação/desclassificação!!!**

(...)

Propaga diversas críticas, que segundo a sua ótica empresarial ajustado com narrativas substanciais, de a utilização da figura de “diligência” aberta pela Comissão de Licitação, a exemplo:

(...)

**Embora o presente certame seja regido pela Lei das Estatais (Lei n. 13.303/2016) e não pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93), convém colacionar dispositivo da Lei Geral que permite compreender de maneira adequada a real finalidade da diligência:**

*“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*

(...)

*§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, **vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.**”*



A Lei Geral de Licitações é clara e inequívoca. A diligência é bem vista quando se limite a esclarecer a documentação apresentada, sendo que a permissão em apresentar documentos novos implica em subversão desse tão importante instituto.

Não se afirme, aqui, que a presente alegação seria uma formalidade excessiva, que deveria ser mitigada com o objetivo de buscar a melhor proposta. A vedação à apresentação de documento novo é uma garantia para todos os licitantes, é uma garantia de isonomia.

O CONSÓRCIO CPA substituiu a sua Certidão de Acervo Técnico – CAT por outra com teor totalmente distinto. Como pode isso ser admitido? Seria como substituir um atestado de qualificação técnica por outro com mais atividades comprovadas no curso do certame.

Sob o risco de excessiva repetição, vale lembrar mais uma vez: o CONSÓRCIO CPA apresentou uma CAT que não atendia o instrumento convocatório. Em seguida, em sede de diligência apresentou outra CAT com teor absolutamente distinto, e essa D. Comissão de Licitação admitiu tal conduta e habilitou o Consórcio recorrido.

As flexibilizações do instrumento convocatório ocorridas nestes autos devem ser revistas, uma vez que têm comprometido a isonomia entre os licitantes.

Acerca da possibilidade de juntada de documentos novos por meio de diligência, convém colacionar alguns precedentes judiciais:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – Recurso interposto contra decisão que indeferiu pedido de suspensão do procedimento licitatório até que seja julgado o feito – Decisão que merece reforma - Suspensão do certame que se impõe em razão de aparente nulidade no processo licitatório  
**Diligência prevista no art. 43, § 3º da Lei 8.666/93 que não pode redundar na juntada de documentos novos** - Perigo de dano à administração – Prejuízo aos cofres públicos na hipótese e reversão do resultado do processo licitatório – Decisão que deve ser reformada - Dado provimento ao recurso.”<sup>5</sup>*

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE PREÇOS. DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME, POR DESCUMPRIR REQUISITOS DO EDITAL DE CONVOCAÇÃO. DECISÃO AMPARADA EM PARECER DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO. DEFLAGRAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PARA A CONTRATAÇÃO DA SEGUNDA COLOCADA, ORA IMPETRANTE. POSTERIOR REGULARIZAÇÃO DA EMPRESA DESCLASSIFICADA QUE NÃO LEGITIMA SEJA REABILITADA NO CERTAME. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 43, § 3º, DA LEI Nº 8.666/93, A AUTORIZAR A SUSPENSÃO DA CONTRATAÇÃO*

<sup>5</sup> TJ-SP - AI: 22227046220188260000 SP 2222704-62.2018.8.26.0000, Relator: Rubens Rihl, Data de Julgamento: 12/03/2019, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 13/03/2019



*EMERGENCIAL ALMEJADA PELO PODER PÚBLICO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO E DA SEGURANÇA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO, DE PLANO, DA PROBABILIDADE DO DIREITO VINDICADO.*

*REQUISITOS AO DEFERIMENTO DA LIMINAR MANDAMENTAL ATENDIDOS. A teor do que preceitua o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. In casu, a um primeiro e perfunctório exame, não é plausível reabilitar, com base em documento novo, empresa que, embora vencedora do certame, foi inicialmente desclassificada por não preencher, naquela oportunidade, os requisitos necessários à contratação emergencial visada pelo poder público. A ulterior regularização da documentação exigida no Edital de convocação não legitima a reinclusão no certame de licitante anteriormente desclassificada, sob pena de malferimento à regra do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e afronta aos postulados da vinculação ao ato convocatório, da isonomia e da segurança jurídica. Decisão interlocutória reformada, com o deferimento da liminar mandamental, com fulcro nos arts. 300 do CPC/15 e 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/09, aos efeitos de suspender a contratação emergencial sub judice. RECURSO PROVIDO.”<sup>6</sup>*

O precedente acima, embora não trate exatamente da mesma situação, traz reflexão importantíssima e totalmente aplicável ao caso em tela, que é a seguinte: **se um licitante não está com a documentação em termos de ser habilitado, não é possível que tal cenário mude em razão de apresentação de documento novo por meio de diligência!**

Esse entendimento, além de preservar a vinculação ao edital, a isonomia e a segurança jurídica, impede quaisquer condutas tendentes a conferir preferência entre uns e outros licitantes. Quer-se com isso dizer que a vedação à juntada de documento novo para corrigir documentação viciada impede subjetivismos, como, por exemplo, a análise subjetiva de quais documentos devem e quais não devem ser recebidos para corrigir a documentação anteriormente apresentada.

A regra, aqui, não deve ser condicionada à verificação do caso concreto. É uma norma cogente de natureza objetiva: **é vedada a juntada posterior de documento que deveria constar originariamente da proposta!**

Então, para a aferição da regularidade do documento apresentado por meio de diligência os entes contratantes devem indagar: **o documento apresentado deveria ter sido apresentado no momento da entrega dos envelopes do certame? Se a resposta for positiva, deve ser considerada infrutífera a diligência, com a inabilitação do licitante diligenciado, uma vez que a correção da documentação não pode ser permitida em momento posterior!**

<sup>6</sup> TJ-RS - AI: 70078228673 RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Data de Julgamento: 13/12/2018, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/01/2019



Desse modo, pelo que se verifica dos precedentes acima, **é claro que se hipoteticamente a presente questão fosse submetida ao Poder Judiciário certamente seria determinada a inabilitação do CONSÓRCIO CPA**, em razão dos claros descumprimento do edital e também do fato de que ele somente continua na disputa em razão das flexibilizações do instrumento convocatório!

(...)

Em outra linha argumentativa - considerado o prazo determinado pela Comissão de Licitação (24h), em sede de diligência administrativa (Ofício nº CSAT-OFI-2020/04691, de 26/05/2020) -, contesta a "rapidez" do Consórcio CPA, de apresentar a "nova Certidão de Acervo Técnico – CAT, do profissional Eng. Civil Antônio Augusto Duboc Braúna.

(...)

Como se não bastasse a ilegalidade decorrente da apresentação de nova Certidão de Acervo Técnico – CAT por meio de diligência, necessário informar que há questões curiosas em relação às CATs apresentadas.

Primeiramente, deve-se chamar a atenção para uma situação curiosa que é a **impressionante rapidez com que fora requerida e expedida a nova Certidão de Acervo Técnico – CAT.**

(...)

Isto é, **em menos de 20 horas a D.** Comissão notificou o recorrido, o recorrido recolheu a ART, requereu a expedição de nova CAT com as alterações mencionadas, e, o mais impressionante, o CREA emitiu a nova CAT. Tudo isso em menos de um dia!

Outra questão curiosa é o momento de emissão das CATs. **Por qual razão a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART fora recolhida somente após 9 anos do início da execução das obras?**

Veja, as obras iniciaram em julho/2011, porém, as CATs foram emitidas somente em abril/2020 (primeira CAT) e maio/2020 (CAT retificadora).

Esse lapso temporal, além de não fazer qualquer sentido, desrespeita as regras estabelecidas pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA relativas à expedição de ART – Anotação de Responsabilidade Técnica, sobretudo a exigência de recolhimento da ART antes da execução das obras.

Veja, a esse respeito, o que dispõe o art. 28 da Resolução n. 1.025/2009:

*“Art. 28. A ART relativa à execução de obra ou prestação de serviço **deve ser registrada antes do início da respectiva atividade técnica**, de acordo com as informações constantes do contrato firmado entre as partes.”.*

Portanto, essa questão deve também ser levada em consideração para aferir a regularidade da Certidão de Acervo Técnico – CAT.





(...)

Sublinha que é “*indiscutível*” o descumprimento de regra editalícia – Nota 4 do subitem 8.2 do instrumento convocatório - da proposta inicial do Consórcio CPA porque não houve a anexação do detalhamento do BDI, portanto, imperativo, naquele momento, a desclassificação da recorrida (alínea “a” do subitem 9.2 do Edital). E que, no decorrer da análise documental da licitante arrematante a recorrente assinalou questionamento a Comissão de Licitação – via chat de mensagens do Licitacoes-e.com.br – deixando “*clara a necessidade de aplicação da regra do Edital*”. E, após conhecer a resposta da Comissão de Licitação, na condição de recorrente, afirma que “*Não há regra alguma que permita ao ente contratante a flexibilizar ou desconsiderar regras do edital com o objetivo de garantir uma contratação mais barata*”. E mais, a partir do art 31 da Lei das Estatais, narra que houve descumprimento dos princípios da vinculação do Edital, do julgamento objetivo e da legalidade; inclusive, propiciou “vantagem indevida” a recorrida.

(...)

Analisando a proposta apresentada pelo CONSÓRCIO CPA, constata-se que ele **descumpriu expressamente a regra constante do item 8.2.1, ‘Nota 4’**, uma vez que não houve apresentação do detalhamento do BDI, contrariando expressamente a regra acima mencionada.

Essa questão, claramente, deveria ser resolvida com a desclassificação imediata da proposta do CONSÓRCIO CPA, **cumprindo-se o item 9.2 do instrumento convocatório**, que assim dispõe:

“9.2. ***Não será classificada para a fase de lances a proposta que: a) deixar de apresentar quaisquer dos elementos exigidos no item 8, ou apresentá-los em desacordo com qualquer exigência deste Edital.***”.

Tendo-se constatado o referido descumprimento, a recorrente apresentou questionamento perante a D. Comissão de Licitação, nos seguintes termos:

**“3ª Questão**

*Avaliando a documentação apresentada pelos concorrentes antes da fase de lances, disponibilizada pela Infraero, FBS Construção Civil e Pavimentação S.A. tem a seguinte questão de ordem e como consequência requerimento que faz ao final:*

*O Item 8. Proposta de Preços do edital, discorre sobre **documentação e informações a serem apresentadas ANTES da fase de lances**, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, até data e hora limites fornecidas no edital.*

*Em resumo, pede-se:*

- 8.1 : valor global na moeda Real (R\$);
- 8.1.1 : prazo de validade não inferior a 120 (cento e vinte) dias consecutivos;
- 8.1.2-a: planilha de serviços e preços – PSP (modelo – Anexo XV);
- 8.2 - Nota 4: detalhamento da composição do BDI e dos respectivos percentuais praticados;



*No Item 9. Da Abertura, dos Lances, e do Julgamento da Proposta de Preços, temos determinação clara de desclassificação para a fase de lances na letra a) de 9.2:*

**9.2. Não será classificada** para a fase de lances a proposta que: a) **deixar de apresentar quaisquer dos elementos exigidos no item 8**, ou apresentá-los em desacordo com qualquer exigência deste Edital;

*Em função do acima exposto e da não apresentação do detalhamento da composição do BDI por parte da Conserva de Estradas Ltda., FBS Construção Civil e Pavimentação S.A. requer a imediata desclassificação da Conserva de Estradas Ltda., invalidando, por conseguinte seus lances e determinando o lance de R\$ 13.900.000,00 (treze milhões e novecentos mil reais) da FBS Construção Civil e Pavimentação S.A. como o lance mais vantajoso e vencedor da etapa de lances.”.*

(...)

Em resposta a esse questionamento, a D. Comissão afirmou que a recorrente estaria fazendo uma interpretação literal, e que caberia à D. Comissão assegurar a busca da melhor proposta. Veja:

*“Resposta questão n 03 da FBS: A “questão de ordem” alegada pela licitante FBS Construção Civil e Pavimentação S.A se baseia numa interpretação literal. No entanto, cabe a Comissão de Licitação, nos termos do art. 31 da Lei das Estatais, fundamento legal deste certame, assegurar a busca da proposta mais vantajosa. Nesse sentido, aberta a análise das propostas iniciais a Comissão de Licitação constatou que todos os valores globais registrados pelas participantes expressavam enorme distanciamento do preço referencial da INFRAERO. Assim, resolveu oportunizar a todos as licitantes permanecer na fase competitiva para, de forma espontânea, reavaliar seus custos operacionais e de logística e oferecer o seu melhor preço global ao ente contratante, para, assim, garantir as diretrizes firmadas no princípio da competitividade, tão benéfico a Administração Pública. Ademais, a proposta final da licitante arrematante encaminhada nos termos do item 12.5, “c”, do Edital deverá contemplar o detalhamento da composição do BDI e Encargos Sociais e dos respectivos percentuais praticados.”.*

Com o devido respeito, a fundamentação da r. decisão recorrida subverte a lógica procedimental dos processos licitatórios. Não há regra alguma que permita ao ente contratante a flexibilizar ou desconsiderar regras do edital com o objetivo de garantir uma contratação mais barata.

O objetivo de assegurar a proposta mais vantajosa não se revela um permissivo para violação ao edital. Deve-se buscar a contratação da proposta mais vantajosa dentre **aquelas que atendem à todas exigências editalícias**.

Deve-se ponderar, ademais, que o mesmo art. 31 da Lei das Estatais que determina a seleção da proposta mais vantajosa, estabelece também o **princípio da vinculação ao edital e do julgamento objetivo**, que determinam que o ente contratante está adstrito às regras do ato convocatório, não podendo dele se desvincular sob qualquer pretexto. O



princípio do julgamento objetivo, por sua vez, determina que a Administração deva decidir toda e qualquer fase do procedimento com base em critérios e parâmetros certos, previamente definidos, evitando subjetivismos que são sempre prejudiciais à disputa.

(...)

Não se pode ignorar o fato de que “os princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo preceituam que, uma vez publicado o edital, seus termos tornam-se lei entre as partes e vinculam tanto a Administração Pública, quanto os prováveis licitantes que tiveram condições de participar da disputa.”<sup>7</sup>

Assim, não há dispositivo legal que permita a violação ao instrumento convocatório. Caso fosse assim, a D. Comissão de Licitação teria um ‘cheque em branco’ para decidir as regras que cumpriria e as que não cumpriria em determinado certame o que poderia resultar em favorecimentos indevidos – o que, esclareça-se, não ocorre no caso em tela.

Portanto, confirma a recorrente que, de fato, “se baseia numa interpretação literal” como afirma a D. Comissão, uma vez que é essa a determinação imposta pelo edital.

Desse modo, se o instrumento convocatório estabelece que todos os licitantes devem apresentar o detalhamento do BDI, tal detalhamento deve ser apresentado sem que haja exceção a tal determinação – exceto se ela também estiver prevista no edital. Igualmente, se o edital estabelece que não será classificada a proposta que descumprir determinada regra – como a não apresentação do detalhamento do BDI – o decreto de desclassificação é medida que se impõe, uma vez que essa é a determinação previamente estabelecida. São as ‘regras do jogo’ que o ente contratante e os licitantes concordaram em ‘jogar’, de modo que não podem ser alteradas no curso do procedimento.

Aqui, até mesmo pela elementar interpretação do princípio da legalidade, tem-se claro que a Administração somente pode fazer o que a lei – em sentido amplo – autoriza. Assim, não havendo previsão para descumprimento do edital, inexistente autorização para que condutas sejam tomadas em sentido diverso do que ele estabelece.

Diante disso, ao não desclassificar o CONSÓRCIO CPA, nos termos do que manda o item 9.2 do instrumento convocatório, a D. Comissão de Licitação, com a devida *venia*, descumpra o princípio da vinculação ao edital, uma vez que se distancia da regra por ele estabelecida, e também viola o princípio do julgamento objetivo, uma vez que afasta-se do cumprimento de regras e critérios objetivos previamente estabelecidos e fundamenta sua decisão – contrária ao edital – em conceito jurídico indeterminado – proposta mais vantajosa.

(...)

Necessário frisar, ainda, que a alegação de que “a proposta final da licitante arrematante encaminhada nos termos do item 12.5, “c”, do Edital deverá contemplar o detalhamento da composição do BDI e Encargos

<sup>7</sup> TRF-5 - AGTR: 97854 PE 0007987-96.2009.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 16/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 08/04/2010 - Página: 475 - Ano: 2010



*Sociais e dos respectivos percentuais praticados*” não supre o vício da omissão na apresentação do documento no momento determinado.

Aqui, destaca-se, inicialmente, a materialização do descumprimento do edital em razão da permissão dada ao recorrido de descumprir o prazo determinado pelo instrumento convocatório. Mas essa questão de vinculação ao edital já foi tratada anteriormente.

Cabe destacar, neste ponto, que a apresentação do detalhamento posteriormente, além de ser ilegal, é medida que garante ao recorrido uma vantagem competitiva, além de violar a isonomia.

Explica-se.

Ao ser dispensado do detalhamento do BDI, o recorrido não precisa abrir os seus custos indiretos estabelecidos no BDI. Com isso, ele tem maior margem para descontos a depender do desenrolar da negociação, de modo que, se lhe parecer interessante, poderia o recorrido conceder mais descontos, e depois adequar tal diminuição ao BDI que será informado.

Ou seja, permitiu-se que o recorrido compusesse o seu BDI após ter conhecimento de qual seria o preço da contratação, dando a ele mais margens para negociação.

Por outro lado, a recorrente, por ter cumprido o quanto estabelecido no edital e por ter apresentado seu detalhamento de BDI, fica vinculada a tal detalhamento, e sua proposta fica menos suscetível a alterações.

Portanto, primeiro garante-se uma vantagem competitiva por permitir que o recorrido possa definir o seu BDI após conhecer o valor pelo qual será contratada. Em segundo, viola-se a isonomia ao exigir que os licitantes apresentem detalhamento de BDI sob pena de desclassificação, e, em relação ao Consórcio recorrido não se cumpre tal regra.

(...)

Acentua que a proposta comercial do Consórcio CPA é *“inexequível”*. Para sustentar essa premissa enumera alguns preços unitários da recorrida: 01.04.001 – Operação e Manutenção do canteiro; 02.01.006 – Trechos Experimentais do CBUQ; 02.01.007 – Trechos Experimentais da CPA; 02.02.004 – Pintura de ligação; 02.02.005 – Execução de CBUQ com polímero; 02.02.006 – Pintura de ligação com emulsão selante modificada com polímero; 02.02.007 – Execução de CPA com polímero (esp=2,5 cm), 02.04.005 – Fornecimento e instalação de Luminária Portátil de Balizamento, cor vermelha e 02.04 – Sinalização de Interdição de Pista.

Enumera outras inconsistências na documentação de habilitação da recorrida, a exemplo de: “Indicação do Capital Social da Empresa CAMTER”, “Inconsistência no Capital Social”; “Data Equivocada do Contrato da empresa CONTREX”; “Apresentação Confusa e Ilegível dos Anexos dos Protocolos de Justificação de Cisão”; e “Ausência de Documentos Essenciais em Momento Oportuno”.



Enaltece a “incapacidade” do Consórcio CPA, além de anotar outros “erros materiais” na documentação da recorrida.

Em conclusão, afirma que o Consórcio CPA “*incorreu em diversos descumprimentos do instrumento convocatório, tendo permanecido na disputa apenas em razão da flexibilização das regras editalícias promovidas pela D. Comissão de Licitação, que objetiva a contratação da proposta de menor valor*”. E em seguida, expressa que “*as irregularidades mencionadas no presente recurso são de elevada gravidade, o que, se mantido, pode resultar em fiscalização dos órgãos de controle interno e externo, como Controladoria, Ministério Público e Tribunal de Contas, o que certamente poderia resultar em consequências graves*”. (...) “*é certo também que eventual apreciação judicial das discussões trazidas à lume no presente recurso certamente resultariam em inabilitação/desclassificação do recorrido, conforme precedentes anteriormente mencionados*”. Ao final, requer o provimento das razões recursais.

## 2. CONTRADEFESA DA RECORRIDA – CONSÓRCIO CPA (resumidamente)<sup>8</sup>

Inicia sua defesa administrativa enfatizando que seu preço final – obiatido na fase competitiva – é bastante favorável a INFRAERO se comparado com a da recorrente. E mais, junta o seu portfólio de obras realizados nos aeroportos da rede INFRAERO e nos Aeroportos Regionais.

(...)

1. Além de tentar desviar os olhos da Infraero daquilo que realmente importa neste certame – **de que a proposta do Recorrido é R\$ 2.400.000,00 menor ou 18% economicamente mais vantajosa do que a proposta da Recorrente** –, a Recorrente apenas reforça a imagem do procedimento licitatório como “um campeonato de papelada”, em que o vencedor deveria ser o licitante mais bacharelesco e formalista, que apresenta o maior número de documentos e atestados (independentemente de sua qualidade e pertinência), e não o que apresenta a melhor proposta para administração pública.

2. Mesmo tendo os membros do consórcio Recorrido acumulado relevante experiência na execução de obras em 6 aeroportos da Infraero (cujos contratos somam cerca de R\$ 500 milhões) e em 14 aeroportos regionais (mais cerca de R\$ 100 milhões) (**Doc. 02** – Lista de Aeroportos e Contratos), a Recorrente insiste em dizer que o Recorrido não teria experiência suficiente para a execução do contrato deste certame.

(...)

<sup>8</sup> O texto completo da contradefesa da Consórcio CPA encontra-se disponibilizado no site: [http://licitacao.infraero.gov.br/portal\\_licitacao](http://licitacao.infraero.gov.br/portal_licitacao).

<sup>9</sup> Construção feita por Floriano de Azevedo Marque Neto (professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP) e Rafael Véras de Freitas (professor da FGV Direito Rio) em MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael. **O futuro das contratações públicas**: procedimento licitatório virou “um campeonato de papelada”. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-futuro-das-contratacoes-publicas-12032018> >. Acesso em 17/06/2020.



Defende que a crítica recursal do uso do acervo operacional – Atestado do DER/MG ref. à execuções do volume dos serviços de CPA, na sua integralidade, é válida uma vez que a cisão parcial se CAMTER-CONTREX instrumentalizou de forma verdadeira, conforme se examina no documento nominado como Protocolo de Justificação de Cisão Parcial.

### III.1. A habilitação técnico-operacional do Recorrido nos termos do Item 12.1.1, c.3, do Edital

(...)

3. O primeiro argumento usado pela Recorrente com vistas a inabilitar o Recorrido diz respeito à suposta insuficiência do atestado apresentado para comprovação da sua capacidade técnico-operacional, nos termos do Item 12.1.1, c.3, do Edital (que prevê a necessidade de apresentação de atestado comprobatório de execução de Camada Porosa de Atrito – CPA, com volume de 542 m<sup>3</sup>).

4. Segundo a Recorrente, a insuficiência do atestado decorreria, supostamente: (i) da impossibilidade de ele ter sido compartilhado entre CAMTER CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S.A. (“CAMTER”) e CONTREX - CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. (“CONTREX”) entre 22/07/11 e 31/12/11; (ii) de atestar a execução de obra não concluída; (iii) de atestar um volume de obra inferior ao volume de 542m<sup>3</sup> exigidos pelo Edital; e (iv) da apresentação intempestiva de documentos que comprovariam a transferência do acervo técnico operacional para o Consórcio CPA.

5. Trata-se do atestado emitido pelo Departamento de Estradas e Rodagem de Minas Gerais, em favor do Consórcio Aterpa M. Martins/CAMTER (com participação igualitária de 50%), datado de 09/12/2014, com período de execução dos serviços entre 22/07/2011 e 31/10/2014, que apresenta um total de execução de serviços de Camada Porosa de Atrito (CPA) de 1.143,70 m<sup>3</sup> (“Atestado DER”).<sup>10</sup>

6. O Recorrido apresentou vasta documentação de reorganização societária que demonstra a sua regular titularidade sobre 571,85m<sup>3</sup> oriundos do Atestado DER (50% do volume dos serviços de CPA nele previsto). Referida reorganização se deu por meio de duas cisões parciais: (i) uma em 31/12/2011, da CAMTER para a CONTREX; e (ii) outra em 31/12/2015, da CONTREX, então denominada VIA MAGNA CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. (“VMC”) para a VIA MAGNA INFRAESTRUTURA LTDA. (“VMI”), esta última atual membro do consórcio Recorrido.

7. Conforme se verifica do Anexo II, Parte B, do Protocolo de Cisão Parcial da CAMTER para a CONTREX, todos os direitos correspondentes à capacitação técnico-operacional integrantes do acervo da CAMTER (atestados, CATs e ARTs) foram transferidos para a CONTREX, inclusive os associados à obra do Consórcio ATERPA M. MARTINS/CAMTER<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Vide fls. 39 a 51 da documentação de habilitação apresentada pelo Recorrido.

<sup>11</sup> Vide fls. 63 da documentação de habilitação apresentada pelo Recorrido.



8. Segundo o item 2.5 do mencionado Protocolo de Cisão<sup>12</sup>, CAMTER e CONTREX poderiam compartilhar o uso de todo o acervo já existente relativo às obras concluídas, bem como o futuro acervo (atestados, CAT's e ART's) das obras que tivessem o seu início até a cisão (31/12/2011) e que fossem lançadas no Anexo II, Parte B. Veja-se:

2.5. Para todos os fins de direito, os direitos correspondentes à capacitação técnico-operacional, integrantes do acervo da CAMTER, representados pelos atestados técnicos, CATs e ARTs, descritos no ANEXO II – PARTE “B”, deste Protocolo, são seu uso compartilhado pelas empresas CAMTER e CONTREX.

Poderão ser emitidas novas CATs respeitadas as ARTs lançadas no ANEXO II – PARTE “B”, sendo que a cindenda CONTREX só poderá compartilhar dos atestados das obras em andamento até 31/12/2011.

(Grifos nossos)

9. Portanto, é mais que clara a transferência da titularidade ou propriedade dos direitos associados ao acervo técnico da CAMTER para a CONTREX referentes às obras já executadas e às obras que estivessem em execução até a cisão (31/12/2011) (este último caso correspondente à obra pertinente ao Atestado do DER), ainda que previsto que o seu uso – o que não se confunde com sua titularidade ou propriedade, frisa-se – seria compartilhado entre CAMTER e CONTREX.

10. A bem da verdade, a conclusão é óbvia, pois a “cisão”, por definição legal (art. 229 da Lei federal nº 6.404/64 – “Lei das S.A.”)<sup>13</sup>, constitui-se como um negócio jurídico translativo de parte ou de todo o patrimônio de uma sociedade para outra (no caso, parte do patrimônio da CAMTER para a CONTREX), ou seja, pressupõe a transferência da titularidade dos direitos e obrigações jurídicas da sociedade cindenda para a sociedade cindida (como é o caso dos direitos sobre o Atestado do DER).

11. Com efeito, em contraste com a longa e confusa sustentação da Recorrente, o fato de o item 2.5 do Protocolo de Cisão prever o compartilhamento do uso do acervo técnico entre CAMTER e CONTREX não prejudica – e nem poderia prejudicar – o fato de a titularidade sobre esse acervo ter sido transferida da primeira para a segunda. A tese da Recorrente não apenas contraria o teor do negócio jurídico específico em análise (cisão da CAMTER para a CONTREX, conforme seu Protocolo de Cisão), mas desconsidera a própria natureza jurídica da operação de cisão como negócio jurídico translativo da titularidade ou propriedade de parte ou todo o patrimônio da sociedade cindenda para a cindida, tal qual definido pelo art. 229, da Lei das S.A.

(...)

<sup>12</sup> Vide fls. 56 da documentação de habilitação apresentada pelo Recorrido.

<sup>13</sup> Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.



Enfatiza que em 23 de julho de 2014 os acionistas da CAMTER realizaram Assembléia geral Extraordinária, tendo como pauta, adequação das cláusulas 1.8 e 2.5 do Protocolo de Justificação de Cisão Parcial efetuado em 31/12/2011.

(...)

12. Como se não bastasse, para colocar um ponto final nessa questão, em 23/06/2014, os acionistas da CAMTER realizaram assembleia geral extraordinária na qual deliberaram pela retificação do Protocolo de Cisão da CAMTER para CONTREX, especificamente dos seus itens 1.8 e 2.5 (**Doc. 03** – Ata de AGE da CAMTER, de 2014), cujo teor é o seguinte:

**CAMTER CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S.A.**  
CNPJ: 05.500.018/0001-76  
NIRE: 33.3.0027403-1

#### **ATA DE ASSEMBLÉIA GERAL EXTRAORDINÁRIA**

**Data, hora e local:** 23 de junho de 2014, às 10:00 horas, na sede da sociedade na Rua Beneditinos nº 10, salas 901, 902 e 903 – Centro – Rio de Janeiro – RJ, CEP: 20.081-050.

**Convocação:** Realizada através de carta endereçada a cada um dos acionistas.

**Quorum:** Presente a totalidade dos acionistas, conforme assinaturas no livro próprio.

**Mesa:** Presidente: Ricardo Luis Bueno de Sousa Freitas; Secretário: Luiz Carlos Cândido.

**Pauta:** 1) Retificar o protocolo de cisão parcial da companhia nos seus itens 1.8 e 2.5.

**Deliberações:** 1) Autorizada a rerratificação do protocolo de cisão parcial da companhia, passando os itens 1.8 e 2.5 a ter a seguinte redação:

1.8 – Considerando que a capacitação técnico-operacional se constitui na experiência efetivamente adquirida pela empresa cindida, cujo patrimônio foi reservado integralmente para a empresa resultante a cisão e que também se dedica a atividade de construção civil.

2.5 – Para todos os fins de direito, o patrimônio correspondente à capacitação técnico-operacional, integrantes do acervo da Camter, representados pelos atestados técnicos, CATs e ARTs, descritos no anexo II – parte B, do protocolo de cisão foram reservados em sua totalidade à cindenda Contrex (atual Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda.).

Poderão ser emitidas novas CATs respeitadas as ARTs lançadas no anexo II – parte B, sendo que a cindenda Contrex (atual Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda.), só terá incorporado ao seu patrimônio os atestados das obras em andamento até 31/12/2011.

**Aprovação:** Todas as deliberações foram aprovadas de forma sumária.

**Encerramento:** Após lida e achada conforme, esta ata vai assinada por todos os presentes. Seguem as assinaturas: Ricardo Luis Bueno de Sousa Freitas – Presidente e Acionista; Benício Torres – Luiz Carlos Cândido – Secretário.

#### **Autenticação**

Declaro que todo texto acima é cópia fiel da ata lavrada no livro próprio.  
Rio de Janeiro, 23 de junho de 2014.



Luiz Carlos Cândido - Secretário

(Grifos nossos)

13. Afastada qualquer dúvida sobre a transferência da titularidade dos direitos associados ao Atestado do DER da CAMTER para a CONTREX, resta dizer que, analogamente à cisão CAMTER-CONTREX, os mesmos direitos foram transferidos da CONTREX – então denominada VMC – para a VMI. Logo, desde 31/12/2015 (data do Protocolo de Cisão da VMC em VMI) e até a presente data, a titularidade dos direitos





associados ao Atestado do DER pertencem e são de exclusivo uso da VMI (membro do consórcio Recorrido), **não tendo esse uso sido, em hipótese alguma, gozado seja por CAMTER, seja por VMC, seja por qualquer terceiro que não a VMI, uma vez que o compartilhamento do uso se findou em 23/06/2014.**<sup>14</sup>

14. Por essas razões, não têm fundamento a lógica temporal e redutora do volume de camada porosa de atrito associado ao Atestado do DER de 571,85m<sup>3</sup> para 80,87m<sup>3</sup> proposta pela Recorrente. Dado que a titularidade dos direitos da CAMTER associados ao Atestado do DER foram vertidos à CONTREX em 31/12/2011, e, depois, desta (então denominada VMI) para a VMC em 31/12/2015, não há que se falar em redução proporcional do volume do serviço atestado em proporção limitada no tempo.

15. Logo, se mantêm atestados em favor do Recorrido os 571,85m<sup>3</sup> oriundos do Atestado do DER, montante superior aos 542 m<sup>3</sup> exigidos pelo Item 12.1.1, “c.3”, do Edital.

(...)

Assevera que as obras/serviços realizadas no DER/MG já foram encerradas e, inclusive, com Termo de Recebimento Definitivo.

(...)

16. A Recorrente também alega que as obras que lastrearam a emissão do Atestado do DER ainda se encontrariam em andamento, fato que comprometeria a sua higidez e possibilidade de habilitar o Recorrido neste certame. A alegação, obviamente, veio desacompanhada de qualquer prova por uma razão simples: **é falsa**. As obras objeto do Atestado do DER se encontram concluídas desde 13/08/2015, conforme Termo de Recebimento Definitivo assinado pelo DER-MG e anexo às presentes contrarrazões (**Doc. 04** – Termo de Recebimento Definitivo do DER-MG).

(...)

Informa que o Anexo 2 - A do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial encontram-se às fls. 166 e seguintes de sua documentação de habilitação

(...)

17. Por fim e não menos importante, a Recorrente sustenta que os documentos comprobatórios da transferência do acervo técnico-operacional (máquinas, equipamentos etc.) para o Consórcio CPA teriam sido apresentados intempestivamente, isto é, quando da realização de

<sup>14</sup> Vide fls. 145 a 212 da documentação de habilitação apresentada pelo Recorrido, notadamente fls. 173 do Protocolo de Cisão da VMC para a VMI, correspondente ao Anexo II, Parte B, onde consta como patrimônio vertido da VMC para a VMI os direitos associados ao acervo técnico da obra relativa ao Atestado do DER.



diligência pela Comissão de Licitação para esclarecimento da capacidade técnico-profissional do Recorrido (ponto a ser analisado adiante).

18. No entanto, mais uma vez, tal afirmação também não se sustenta, pois da documentação para habilitação do Consórcio CPA constou o Anexo 2 – A, do Protocolo de Cisão Parcial da VMC para a VMI<sup>15</sup>, no qual consta extensa relação de bens (máquinas e equipamentos) que foram transferidos da primeira para a segunda e que, portanto, comprovam a plena capacidade operacional da VMI e do Consórcio CPA para a obra objeto deste certame.

19. Logo, não há que se falar em qualquer intempetividade na comprovação de transferência do acervo técnico-operacional para o Consórcio CPA.

(...)

No que se refere às acusações acerca da habilitação técnico-profissional e da utilização – pela Comissão de Licitação – da figura de diligência administrativa, criticada pela recorrente, estabeleceu as seguintes apontamentos em sua linha de contra-argumento:

(...)

20. O segundo argumento usado pela Recorrente com vistas a inabilitar o Recorrido trata da suposta ausência de comprovação de capacidade técnico-profissional, nos termos do Item 12.1.1, “b.3” do Edital (que prevê a necessidade de acompanhada de CAT emitida pelo CREA que ateste ter o profissional habilitado do seu corpo permanente participado da execução de serviço de Camada Porosa de Atrito – CPA).

21. Segundo a Recorrente, a ausência de comprovação da capacidade técnico-profissional decorreria, supostamente, de “*uma séria irregularidade*” da Certidão de Acervo Técnico (CAT) nº 1420200001832<sup>16</sup> emitida pelo CREA-MG em favor do Engenheiro Sr. Antônio Augusto Duboc Braúna.

22. A primeira e supostamente “*séria irregularidade*” da CAT seria a ausência de indicação, dentre as atividades técnicas nela constantes, da execução do serviço de Camada Porosa de Atrito.

23. Uma apressada leitura – tal como feita pela a Recorrente – até poderia eventualmente induzir que a CAT não contemplaria o serviço de Camada Porosa de Atrito. Porém, com um mínimo de cuidado e atenção, nota-se que a CAT contém outros dados que revelam sua clara vinculação ao Atestado do DER. São eles a indicação (i) do Consórcio Aterpa-CAMTER como “contratante” (titular do Atestado do DER), (ii) do Contrato PRC-22016/2011 (expressamente referido no Atestado do DER) e (iii) do DER-MG (dono da obra e emitente do Atestado do DER).

<sup>15</sup> Vide fls. 166 a ss. da documentação de habilitação apresentada pelo Recorrido.

<sup>16</sup> Vide fls. 35 a 38 da documentação de habilitação apresentada pelo Recorrido.



24. Não por outra razão que, por meio do Ofício nº CSAT-OFI-2020/04691, datado de 26/05/2020, a Comissão de Licitação determinou a realização de diligência para que fossem apresentadas pelo Recorrido informações complementares comprobatórias da vinculação entre a CAT e o Atestado do DER, admitidos, dentre outros, diários de obra, declarações do DER e registros de execução da obra. O pedido foi prontamente atendido pelo Recorrido, que requereu e obteve junto ao CREA-MG uma CAT Retificadora, contendo a expressa indicação dos serviços contemplados pelo Atestado do DER, inclusive o de Camada Porosa de Atrito.

25. Indignada, não restaram à Recorrente outros argumentos senão aqueles tipicamente de “campeonato de papelada”.

26. Primeiro, a Recorrente chama atenção para o fato de o Recorrido ter atendido prontamente à diligência da Comissão de Licitação e o CREA-MG emitido a CAT Retificadora tão logo sido requerido, o que constituiria “*situação curiosa*” dada a “*impressionante rapidez com fora requerida e emitida a nova Certidão de Acerto Técnico – CAT*”. A insinuação é simplesmente vazia. Limita-se aqui a dizer o quão lamentáveis são as insinuações feitas pela Recorrente quanto à idoneidade da CAT Retificadora e as acusações veladas e destituídas de qualquer prova feitas ao Recorrido e ao CREA-MG.

27. Em segundo lugar, a Recorrente argui a suposta desvirtuação da diligência pela Infraero ao ter admitido que o Recorrido apresentasse novo documento consubstanciado na CAT Retificadora. Na visão míope da Recorrente, o art. 43, §3º, da Lei federal 8.666/93<sup>17</sup>, aplicável analogamente às licitações promovidas sob a égide da Lei federal nº 13.303/16 (como é o presente caso), deve ser interpretado como se impusesse um óbice absoluto à apresentação de novos documentos no processo licitatório. Porém, é pacífico o entendimento tanto doutrinário quanto jurisprudencial de que as diligências servem justamente para esclarecer o conteúdo de informações e documentos apresentados anteriormente, obviamente por meio de novas informações e documentos esclarecedores dos primeiros. Veja-se:

A Lei determina a vedação à apresentação de documentos que deveriam ter constado dos envelopes. Isso não equivale, no entanto, a proibir a juntada de qualquer documento. Se o particular apresentou um documento e se reputa existir dúvida quanto ao conteúdo, é possível que a diligência se traduza numa convocação ao particular para explicar e, se for o caso, comprovar documentalmente o conteúdo da documentação anterior. Um exemplo permite compreender melhor o raciocínio. Suponha-se que o particular apresentou um certo atestado para comprovar o preenchimento de

<sup>17</sup> **Art. 43.** A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.



experiencia anterior. Há dúvidas, no entanto, sobre a compatibilidade da contratação referida no atestado e o objeto licitado. Será obrigatório que a Comissão convoque o interessado a esclarecer a natureza de sua experiência anterior. **Para tanto, será muito mais relevante a exibição de documentação do que as meras palavras do licitante.** Logo, será facultado ao interessado apresentar a documentação atinente à contratação de que resultou o atestado.<sup>18</sup>

10. Com efeito, a teor do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, é facultada à autoridade julgadora, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.

11. À luz desse comando legal, que não menciona que a diligência em questão teria de estar prevista em edital, não há que se falar em extrapolação das regras do certame e, conseqüentemente, em violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

12. No caso concreto, dado o valor e a importância da contratação, não pareceu desarrazoado ou arbitrário o fato de a Caixa, diante da concisão dos termos em que são redigidos os atestados, em geral, ter buscado uma descrição técnica mais detalhada dos serviços indicados na documentação originalmente apresentada, com vistas à comprovação de que os trabalhos anteriormente executados pela licitante eram, de fato, compatíveis com os que pretende contratar.” (TCU, **Acórdão 2459/2013**, Plenário, Rel., José Mucio Monteiro, Data da sessão 11/09/2013)<sup>19</sup>

28. Portanto, também não merecem prosperar as alegações da Recorrente de que o Recorrido não seria apto do ponto de vista técnico-profissional a ser habilitado na presente licitação.

(...)

Argui que apresentou o detalhamento de seus BDI conforme as regras dispostas na alínea “c” do subitem 11.1 do instrumento convocatório e acentua que seus preços unitários/global são exequíveis; inclusive, segundo Norma Interna da INFRAERO se não fossem haveria a possibilidade de confirmação posterior.

(...)

29. Para pretender a desclassificação do Recorrido, a Recorrente alega que a proposta de preços apresentada quando da abertura da sessão pública (i) estaria em desacordo com o Item 8 do Edital, por não detalhar a Bonificação e Despesas Indiretas (“**BDI**”), e (ii) seria inexequível.

<sup>18</sup> FILHO. Marçal Justen. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17ª ed., ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 949, grifos nossos.

<sup>19</sup> No mesmo sentido: TRF 1, Sexta Turma, **Agravo Reg. No Agravo Inst. Nº 0045248-43.2008.4.01.0000**, Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJF 02/02/2009; STJ, Primeira Seção, **MS 5.418/DF**, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJ de 01/06/1998; STJ, Primeira Seção, **MS, nº 12.762-DF**, Rel. Min. José Delgado, Julgado em 28/05/2008, DJe 16/06/2008.



30. Relativamente à alegação de suposta inobservância ao Item 8 do Edital, trata-se de leitura rápida, extremamente literal e equivocada da Recorrente ao Edital. Isso porque, o Item 11.1.“c)” do Edital determina que o detalhamento do BDI deve ser encaminhado após encerrada a etapa competitiva da licitação, tal como define o Item 12.5. do Edital. Veja-se:

11.1. A(s) licitante(s) detentora(s) do(s) menor(es) lance(s) ou valor(es) negociado(s) – Arrematante(s), deverão encaminhar, **na forma e prazo definido no subitem 12.5**, os elementos relacionados a seguir:

(...)

c) Composição analítica dos percentuais de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) e dos percentuais de Encargos Sociais, incidentes para os serviços discriminados na Planilhas de Serviços e Preços - PSP (modelo Anexos X, XI, XII e XIII);

[...]

12.5. **Encerrada a etapa competitiva**, a Comissão procederá como segue:

(...)

c) solicitação, por meio do sistema eletrônico, à(s) licitante(s) detentora(s) do melhor(es) lance(s) ou valor(es) negociado(s) – Arrematante(s), do encaminhamento via e-mail, **dos documentos (digitalizados) relativos às exigências para HABILITAÇÃO** e da PROPOSTA DE PREÇOS com os respectivos valores adequados ao lance vencedor, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas, com posterior encaminhamento dos originais ou cópias autenticadas destes documentos, no prazo de até 3 (três) dias úteis;  
**(Grifos nossos)**

31. É por essa razão que tal detalhamento não consta da listagem do Item 8.1. do Edital (que traz as informações mínimas da proposta de preço). A Comissão de Licitação já esclareceu o momento de apresentação do detalhamento do BDI, por provocação da própria Recorrente, dizendo que tais informações poderão ser apresentadas quando do envio da proposta final pelo licitante vencedor, o que ocorre após o encerramento da fase de lances:

Resposta questão n 03 da RECORRENTE:

A ‘questão de ordem’ alegada pela licitante RECORRENTE Construção Civil e Pavimentação S.A. se baseia numa interpretação literal. No entanto, cabe a Comissão de Licitação, nos termos do art. 31 da Lei das Estatais, fundamento legal deste certame, assegurar a busca da proposta mais vantajosa. Nesse sentido, aberta a análise das propostas iniciais a Comissão de Licitação constatou que todos os valores globais registrados pelas participantes expressavam enorme distanciamento do preço referencial da INFRAERO. Assim, resolveu oportunizar a todos as licitantes permanecer na fase competitiva para, de forma espontânea, reavaliar seus custos operacionais e de logística e oferecer as diretrizes firmadas no princípio da competitividade, tão benéfico a Administração Pública. **Ademais, a proposta final da licitante arrematante encaminhada nos termos do item 12.5. “c)” do Edital deverá contemplar o detalhamento da composição do BDI e Encargos Sociais e dos respectivos percentuais praticados.**  
**(Grifos nossos)**



32. Sobre a manifestação da Comissão de Licitação, cumpre destacar que a Recorrente ignorou completamente o fato de a Comissão de Licitação expressamente admitir que o detalhamento da composição do BDI deverá seguir o prazo disposto no Item 12.5. “c” do Edital, qual seja, após encerrada a etapa competitiva. A bem da verdade, a Recorrente se insurge contra o exercício regular de prerrogativa da Comissão de Licitação, nos termos do art. 31 da Lei federal nº 13.303/16<sup>20</sup>.

33. Logo, dado que o detalhamento do BDI é exigido no momento de disponibilização da proposta final, nos termos do Item 12.5. “c” do Edital, tem-se que a proposta de preços apresentada pelo Recorrido, quando da abertura da sessão pública no dia 21/05/20, cumpriu o Edital à risca.

34. Relativamente à alegação de inexequibilidade da proposta de preço apresentada pelo Recorrido, além de estar completamente desprovida de provas, tem-se que esse exame é de competência da Comissão de Licitação, responsável pelo julgamento das propostas de preços. E nos termos do Item 23, “5” das Normas da Infraero de Licitações e Contratos (AN nº 95/DF/DJ/2016), o julgamento de proposta inclui exame quanto a exequibilidade ou inexequibilidade de preços, sendo que, a conclusão de preço inexequível depende de prévia manifestação do licitante vencedor:

23 - O julgamento de propostas compreende:

(...)

5- conclusão, opinando pela classificação ou desclassificação das propostas, conforme critérios estabelecidos no edital, **inclusive quanto à exequibilidade ou inexequibilidade de preços, sendo que, a conclusão de preço inexequível só deve ser emitida após concessão de oportunidade para o licitante interessado se manifestar.**

**(Grifos nossos)**

35. Logo, uma vez admita a proposta de preços do Recorrido pela Comissão de Licitação, não cabe à Recorrente – na tentativa de fazer às vezes da Comissão de Licitação – querer discutir a exequibilidade da proposta apresentada.

(...)

Ao final, requer a negativa ao recurso interposto pela FBS Construção Civil e Pavimentação S.A e que se dê a continuidade do certame, *“nas formas do Edital e da lei”*.

### 3. DA TEMPESTIVIDADE

Registre-se que o memorial recursal, protocolado em 15 de junho de 2020, sob o n 1102622-6231, foi recebido conforme os preceitos antecipados no instrumento convocatório.

<sup>20</sup> **Art. 31.** As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.



4. DOS ARGUMENTOS DE RECURSO ADMINISTRATIVO OFERECIDO PELA LICITANTE FBS CONSTRUÇÃO CIVIL E PAVIMENTAÇÃO S/A

1. O ponto fulcral da manifestação técnica/administrativa da Comissão de Licitação – deste certame - se fomenta nos critérios segundo mandamento do Ato Convocatório. Deste modo, a análise documental se estabeleceu em observar as diretrizes estampadas no art. 31 da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016; isto é, o julgamento foi feito em estrita conformidade com os princípios da IMPESSOALIDADE, da MORALIDADE, da IGUALDADE, EFICIENCIA, da PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, sucedidos dos princípios da RAZOABILIDADE, COMPETITIVIDADE, PROPORCIONALIDADE e, ainda, do PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, este, também, aceito no Direito Administrativo.

2. As questões recursais se materializaram em afirmar que a recorrida foi erroneamente declarada vencedora do certame, afirmando a irresignatária (recorrente) que a documentação de habilitação e de proposta da recorrida, não atendem as regras dispostas no Edital de regência.

3. Em precisa abreviação, a recorrente traceja que (1) houve irregularidade no apoderamento do atestado do DER/MG porque inexistente previsão legal para compartilhar o mesmo atestado; (2) utilização integral do atestado objeto da cisão Camter-Contrex; que, segundo a leitura da recursante dever-se-ia aplicar redução vertiginosa sobre o valor de 50% do quantitativo executado da Camada Porosa de Atrito – CPA; (3) apresentação intempestiva de documentos específicos da regularidade da transferência do acervo técnico – a exemplo dos bens móveis (equipamentos/máquinas); (4) indica que os serviços relativos a execução dos serviços de CPA “são apresentados com asteriscos” o que colocaria dúvidas quanto a esses serviços; (5) Certidão de Acervo Técnico – CAT Retificadora do profissional Eng. Civil Antônio Augusto Duboc Brauna, extemporânea, tratada, assim, pela recorrente como “*documento novo*”; (6) ausência de BDI analítico antes da fase competitiva; (7) proposta comercial inexequível, porque alguns preços unitários irrisórios e inferiores ao de mercado.

4. *Ab initio* é razoável difundir que esse procedimento licitatório não tem como fundamento legal os dispositivos da Lei Geral de Licitação, conhecida como lei ordinária 8.666/93, mencionada para balizar alguns quesitos impugnados pela recorrente. Senão, vejamos:

3. DO FUNDAMENTO LEGAL, DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO, DA FORMA DE EXECUÇÃO DA LICITAÇÃO, DO MODO DE DISPUTA, DO REGIME DE CONTRATAÇÃO E DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO



- 3.1. A presente licitação reger-se-á por este Edital e seus Anexos, **pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**, pelo Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, pela Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, pelo Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, doravante denominado Regulamento, instituído pelo Ato Normativo nº 122/PRESI/DF/DJ/2017, de 31 de janeiro de 2017, disponível no sítio eletrônico [www.infraero.gov.br](http://www.infraero.gov.br). (*grifo e sublinhado efetuado pelo Presidente da Comissão de Licitação*)
- 3.2. Modalidade de licitação: Lei nº 13.303/2016;
- 3.3. Forma de Execução da Licitação: A licitação será realizada na forma **ELETRÔNICA**, por meio da INTERNET, mediante condições de segurança - criptografia e autenticação;
- 3.4. Modo de Disputa: **ABERTO**;
- 3.5. Regime de Contratação: **EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIOS**
- 3.6. Critério de Julgamento: **MENOR PREÇO GLOBAL**.

5. Para tanto, as empresas estatais (INFRAERO) não estão vinculadas às disposições de outras leis voltadas a contratações na Administração Pública, a exemplo da Lei 8.666/93. Percebe-se, assim, a partir da vigência normativa da Lei das Estatais – **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**, a qual dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o afastamento das regras preceituadas na Lei nº 8.666/93.

Art. 41. Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

6. Nesse prumo, registra-se interessante precedente do **Supremo Tribunal Federal**, relatado pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, em que o Plenário da Corte entendeu que somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequiparações entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade (STF ADI 3.735 MS Relator Ministro Teori Zavascki).

7. Em recente decisão colegiada o Tribunal de Contas da União – TCU tem reafirmado a essencialidade desse entendimento:

*19. Em que pese a Lei 8.666/1993 permanecer estabelecendo normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, a **Lei 13.303/2016 passou a regular de forma exaustiva os procedimentos das licitações conduzidas pelas empresas nela referidas, remetendo à lei anterior apenas em seus arts. 41, que diz respeito à aplicação das normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei de Licitações, e 55, inciso III, que diz respeito aos critérios de desempate.***





23. De resto, é pacífico na doutrina que, em caso de conflito de normas, a norma específica deve prevalecer sobre a norma geral, no que houver de antinômico. Nesse sentido, por exemplo, Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, Malheiros, São Paulo, 2002, p. 106. Sendo a Lei 13.303/2016 específica e a Lei 8.666/1993 de caráter geral, a primeira deve prevalecer, em caso de conflito aparente.” TCU - ACÓRDÃO DE RELAÇÃO 764/2019 - PLENÁRIO

8. Desta feita, o regime conferido às regras editalícias – preceituada no art. 58 da Lei das Estatais – se enquadra em interpretação mais discricionária em comparação as diretrizes da Lei nº 8.666/1993 apresentado pela recorrente.

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contratação de obrigações por parte do licitante; (g.n)

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

9. A moderníssima legislação permite ao ente público (INFRAERO) definir institucionalmente, as exigências mais coerentes com a sua atividade específica. Em melhor explicação, a Lei das Estatais estabeleceu os requisitos sem indicar taxativamente a forma de sua exigência, o que permite a INFRAERO liberalidade para que o Edital defina a forma de aferição desses parâmetros de habilitação, identificando, assim, verdadeiramente a capacidade das licitantes de atender a pretensão contratual.

10. A Lei das Estatais criou mecanismos para que as entidades públicas, aqui representado pela INFRAERO, sejam mais eficientes na realização de suas atividades. Tudo isso, alinhado a garantia de que o contrato será cumprido, amoldando-se, a exigência, ao comando do inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, *in fine*:

(...) 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 técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifamos)

11. A inteligência da norma consagra que uma vez publicado o Edital, as licitantes poderão solicitar esclarecimentos de suas dúvidas primárias ou impugnar esse instrumento. No primeiro caso, a manifestação do particular objetiva alcançar a elucidação de algum dispositivo do Edital que não tenha restado claro. Nessa hipótese, não há, necessariamente, o apontamento de uma ilegalidade, mas a dificuldade de compreensão de determinada cláusula ou condição do Edital, que será aplicada no curso da licitação ou do contrato.



12. O primeiro discurso em desfavor do Parecer da Equipe Técnica - MEMORANDO Nº SEDE-MEM-2020/02804, de 02/06/2020 -, documento de suporte para o "ato de declaração de vencedor" ofertado ao Consórcio CPA, observado as regras dispostas no Edital, apensado às fls. 981/986 do Processo Administrativo nº CSAT - ADM-2020/01038, se ergue em desqualificar o acervo operacional da recorrida – atestado do DER/MG para execução de Camada Porosa de Atrito, dentre outros serviços, executado pelo Consórcio Aterpa/Camter – em dizer que o documento instrumental de cisão parcial, datado de 31/12/2011, praticado por uma das consorciadas executora da obra/serviços do DER/MG, denominada pela razão social Camter Construções e Empreendimentos S.A (cindida) e a sucessora deste acervo Contrex Construções e Empreendimentos Ltda (cindenda), apresenta condições temporais, personalíssimas, para utilização plena do quantitativo das empresas cindida e cindenda (item 2.5 da cisão); e, ainda, a legislação correlata não permite o compartilhamento total desse acervo pelas empresas (cindida/cindenda).

"2.5. Para todos os fins de direito, os direitos correspondentes à capacitação técnico-operacional, integrantes do acervo da CAMTER, representados pelos atestados técnicos, CATs e ARTs, descritos no Anexo II – Parte 'B', deste protocolo terão seu uso compartilhado pelas empresas CAMTER e CONTREX.

Poderão ser emitidas novas CATs respeitadas as ARTs lançadas no ANEXO II – Parte 'B', sendo que a cindenda CONTREX só poderá compartilhar dos atestados das obras em andamento até 31/12/2011".

13. Quanto à alegação de que os atestados apresentados pela recorrida não seriam válidos, em razão de serem originários de empresa cindida, faz-se necessária uma análise preliminar do posicionamento jurisprudencial e da doutrina a respeito:

MARÇAL JUSTEN FILHO abordou o tema da cessão de atestados a fim de demonstrar a inviabilidade jurídica de admiti-la como evento apto a conferir capacitação técnico-operacional ao cessionário dos atestados – mesmo em caso de empresas integrantes do mesmo grupo empresarial. No entanto, ressaltou expressamente que a reorganização empresarial, inclusive na modalidade de cisão, não se amoldam à ineficácia da cessão de atestados:

"No caso específico [daquele parecer], cedentes e cessionárias pertenceriam aos mesmos grupos econômicos, mas a 'transferência' do acervo técnico não decorria de cisão ou reorganização empresarial."(JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer 742/79/SET/2000 : capacitação técnico-operacional em licitações de obra e serviço de engenharia – cessão de acervo técnico – p. 742). Também acrescentou que "Outra seria a dimensão do problema se tivesse ocorrido a integração jurídica total entre as diversas empresas. Já foram feitas referências ao fenômeno acima. Poder-se-ia produzir reorganização empresarial, configurando-se fusão, cisão ou incorporação. Em tal hipótese, seriam abrangidas todas as relações jurídicas de que as sociedades fossem titulares." (ob. cit., p. 754).

...  
É preciso que se verifique a ocorrência de circunstância específica consistente na identificação de qual pessoa jurídica recebeu a



atribuição de determinado complexo de atributos jurídicos que conferem aptidão para participar de licitação e executar o seu objeto. É o que notadamente ocorre quando a constituição da pessoa jurídica resultar de cisão parcial de uma anterior. Caso a cindenda se torne a destinatária exclusiva dos elementos técnicos que originalmente conferiam aptidão para o cumprimento do objeto licitado. Nesse caso, os efeitos dessa cisão parcial atribuirão a suficiência técnica a essa nova empresa.

...

O aperfeiçoamento da averbação, aprovação e arquivamento da cisão parcial perante o Registro de Comércio confere a regularidade à operação de reorganização empresarial e a submete à observância erga-omnes – o que impede o órgão licitante de se opor ao núcleo constitutivo dessa reorganização como forma de negar a detenção de experiência técnico-operacional e, por decorrência, rejeitar a habilitação.<sup>21</sup>

14. No mesmo sentido:

É fácil perceber a relevância do problema gerado pela cisão de empresa detentora de acervo técnico. A forma de aferição de habilitação das empresas licitantes derivadas de reestruturação societária mudará consideravelmente, em função da possibilidade ou não de emprego integral (vale dizer, nos mesmos quantitativos) dos atestados expedidos para a empresa no estado original.

A operação societária de cisão consiste, em sua essência, numa transferência patrimonial entre sociedades. Trata-se de operação pela qual se transferem parcelas do patrimônio de uma companhia para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes. Extingue-se a companhia cindida se houver versão de todo o seu patrimônio, configurando-se, assim, a hipótese de cisão total; se parcial a versão, divide-se o seu capital e tem-se configurada, desse modo, a chamada cisão parcial.

...

Foi dito e reafirmado que a razão de ser para a admissão de exigência de atestados de capacidade técnica é a garantia de uma contratação mais segura para o Poder Público. Com base nessa premissa, chega-se à irrefutável conclusão segundo a qual o objetivo da exigência é aferir a condição real das empresas interessadas em contratar e não apenas instituir um mero requisito formal. O vínculo entre os atestados e a real condição das empresas que os apresenta, portanto, é elemento que não deve ser relegado a um segundo plano. Tomando por base tal constatação é possível afirmar, em relação a esta matéria, a total inadequação de qualquer solução que seja prevista e aplicada a priori, de modo geral e indiscriminado, para todas as situações que envolvam a utilização de atestados por empresas que sofreram processo de reestruturação societária.

A solução para aferir a validade do atestado apresentado há de ser verificada de modo a que seja possível constatar a verossimilhança entre o que se afirma no atestado e a situação real da empresa ou das empresas envolvidas. Para tanto, não é possível adotar um único critério de aceitação de atestados para todas as possíveis situações que envolvam reestruturação empresarial. De acordo com o modelo de reestruturação que venha a ser adotado, será necessária a aplicação de um critério de consideração de atestados que seja compatível com a

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Fernão Juste de; e WARNECKE, Ana Lúcia Ikenaga. *A preservação do acervo técnico recebido por cisão societária*. Disponível em [www.justen.com.br/pdfs/IE12/IE%2012%20-%20Fern%c3%a3o-Ana%20-%20Atestados.pdf](http://www.justen.com.br/pdfs/IE12/IE%2012%20-%20Fern%c3%a3o-Ana%20-%20Atestados.pdf). Acesso em 22.06.2020)



natureza da operação societária realizada no caso específico. Vejamos como devem ser escolhidos tais critérios de aceitação de atestados.

...

Aspecto fundamental a ser levado em consideração nesta aferição diz respeito à existência de tratamento expresso, no negócio jurídico que tenha formatado a operação reestruturante, quanto à divisão do acervo técnico da empresa. Isto porque, de acordo com o que for determinado no negócio jurídico que ensejou a reformulação societária, haverá de ser dimensionada a extensão e aproveitamento dos atestados técnicos até então expedidos em favor das empresas envolvidas.

...

Em suma, são inesgotáveis os arranjos negociais que podem ser implementados em complexas operações de reestruturação societária. Obedecidas as peculiaridades de cada operação, bem como a realidade da efetiva transferência do acervo técnico que venha a ser feita, é perfeitamente possível que as empresas envolvidas disciplinem, expressamente, qual o destino a ser dado aos atestados expedidos em nome da empresa-mãe anterior.

Diante da demonstração de um acordo com as citadas características, a Administração pode, em princípio, considerar os atestados nos termos indicados e, se tiver motivos para descrever da demonstração, pode realizar diligências comprobatórias da real absorção de acervo técnico pela empresa interessada. Não há fundamento, todavia, para se refutar de pronto a apresentação de atestados que estejam arrimados num pacto expresso de apropriação de acervo técnico celebrado entre empresas objeto de reestruturação societária.<sup>22</sup>

15. O entendimento doutrinário acima é encampando pelo Tribunal de Contas da União. Em decisão que se amolda ao caso sob análise (Acórdão Plenário 2160/2015), o Tribunal acabou por anular decisão de Comissão de Licitação que inabilitou empresa cindida em razão de apresentar atestado em nome de cindenda. Conforme apontou o tribunal, o ponto nodal é justamente o estipulado no ato societário da cisão:

9. Cobra maior atenção, entretanto, a questão relativa à falta de aceitação do atestado apresentado pela representante (item 2.b supra), comprovando a execução de quantitativos exigidos no item 5.1.2.b do edital da Concorrência 4/2014, da qual resultou na sua indevida inabilitação no certame.

10. Os esclarecimentos ofertados pela CRO/1 fundaram-se, essencialmente, no argumento de que a representante não teria conseguido comprovar a transferência da capacidade técnico-operacional advinda da cisão a partir da qual se constituiu, pois a situação da empresa não se adequaria à hipótese do Acórdão 2.444/2012-TCU-Plenário (TC 003.334/2012-0), em cujo voto restou expresso que: “somente podem ser aproveitados os atestados emitidos até o momento da reestruturação societária”.

...

13. A Secex/RJ, ao analisar o conteúdo das oitivas, dissentiu do posicionamento da CRO/1, manifestando-se pela procedência da representação, propugnando pela fixação de prazo para que o órgão promova a anulação da fase de habilitação da Concorrência 4/2014 e de todos os atos subsequentes, tendo em vista que, em sede de recurso, não se confirmaram os motivos determinantes para a manutenção da inabilitação da empresa ora representante.

<sup>22</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda, SOUZA, Rodrigo Pagani de. OS ATESTADOS TÉCNICOS NA LICITAÇÃO E O PROBLEMA DA CISÃO DE EMPRESAS. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 22 de junho de 2020.



14. Feita esta breve contextualização dos fatos, registro, mais uma vez, a minha concordância com o exame empreendido pela Secex/RJ, cujo parecer incorporo a estas razões de decidir, sem prejuízo de tecer as considerações que se seguem.

15. De início, esclareço que o Acórdão 2.444/2012 -Plenário – no qual se teria embasado o chefe da CRO/1 para sustentar o seu posicionamento contrário ao recurso da representante – foi proferido em pedido de reexame interposto contra deliberação que julgou irregular a apresentação de atestado de capacidade técnica lastreado em acervo técnico transferido de outra empresa, por força de reestruturação societária.

16. No consistente voto proferido pelo emérito Ministro-Relator Valmir Campelo, expressou-se o entendimento de que: “de acordo com o negócio jurídico que ensejou a reformulação societária”, a aferição da validade dos atestados apresentados por empresas, em tal situação, demandaria o dimensionamento da extensão e o aproveitamento dos atestados técnicos “até então expedidos em favor das empresas envolvidas”.

17. A despeito de reconhecer que a empresa Itec Infra Tech S/A “tinha sim o direito a todos os atestados emitidos em nome da TC/BR”, o chefe da CRO/1 valeu-se enfaticamente da restrição temporal acima destacada para concluir que seria ilógico aceitar atestado transferido do acervo da TC/BR, “uma vez que no momento da cisão ele não havia sido emitido, ou seja, não existia, e não se pode transferir qualquer coisa que não exista” (Peça 37, p. 4).

18. Neste ponto, impõe-se divisar as situações tratadas no Acórdão 2.444/2012-Plenário e a contida no caso vertente, com o intuito de aclarar o real alcance do paradigma adotado pelo órgão em suporte ao seu posicionamento.

19. Naquele aresto, a situação referencial teve a sua gênese na transferência de parte do acervo técnico efetuada pela empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A em favor da empresa EIT – Construções S/A, que resultou no aumento de capital dessa última, de sorte que, no pedido de reexame, o multicitado Acórdão 2.444/2012-Plenário determinou a anulação da fase de habilitação no certame licitatório, no qual haviam sido aceitos atestados de capacidade técnica apresentados pela EIT – Construções S/A, segundo o Acórdão 1.528/2012-Plenário.

20. Em síntese, pelo voto em que se fundou o Acórdão 2.444/2012-Plenário, o TCU reconheceu a viabilidade jurídica da transferência de capacidade técnica-operacional entre pessoas jurídicas constituídas a partir de reestruturação societária, admitindo-a não apenas nos casos em que ocorresse a transferência total do patrimônio e dos profissionais correspondentes, hipótese já admitida no TCU, após a prolação do Acórdão 1.108/2003-Plenário.

21. Não fosse o bastante, a partir de seus termos, resultou esclarecido que a demonstração da transferência efetiva da capacidade técnica requer evidenciar o traslado de parcela do patrimônio tangível da empresa, assim como do “conjunto subjetivo de variáveis que concorreram para a formação da cultura organizacional nela prevalecente”, devendo, em tal caso, aferir-se a “validade dos atestados apresentados, com o real dimensionamento da extensão e do aproveitamento dos atestados até então expedidos.”

22. Vê-se que a empresa Itec Infra Tech S/A teve a sua constituição estruturada a partir da cisão societária da empresa TC/BR Tecnologia e Consultoria Brasileira Ltda., por meio da qual esta empresa reverteu



parcela de seus ativos com o acervo técnico e os contratos à empresa cessionária, destacando-se que o protocolo com as bases da cisão, transmitindo integralmente os contratos, ativos e acervo técnico especificados em anexo próprio, bem como a justificativa da reestruturação e o laudo de avaliação da TC/BR, encontram-se acostados aos autos (Peça 2, p. 136/156).

23. Cumpre destacar que o acervo transferido era composto, entre outros elementos, pelo atestado e certidões de acervo técnico apresentados para fins de comprovação de capacidade técnica na Concorrência 4/2014 (Peça 2, p. 80/101), o qual se refere a contrato celebrado com o Município de São Luiz/MA (Contrato 009/2008), celebrado com vistas à elaboração dos projetos executivos das obras previstas no Programa de Recuperação Ambiental e Melhoria da Qualidade de Vida da Bacia do Bacanga (Programa Bacanga).

24. Bem se vê que essa circunstância afasta a hipótese sustentada pela CRO/1 de que seria necessário o dimensionamento da extensão e do aproveitamento dos atestados transferidos para a efetiva comprovação de capacidade técnica da representante, na linha preconizada no Acórdão 2.444/2012-Plenário, haja vista que o atestado apresentado na Concorrência 4/2014 decorre de contrato integralmente vertido para a composição da Itec Infra Tech Ltda. (Contrato 009/2008), conforme mencionado anteriormente.

25. Assim, considerando que “no negócio jurídico que ensejou a reformulação societária” foi consignada expressamente a transferência integral do acervo consubstanciado no Contrato 009/2008, mostra-se desnecessária a imposição da aludida exigência à ora representante.

...

29. Por tudo isso, reitero a minha anuência aos pareceres da Secex/RJ, no sentido de considerar procedente a representação, fixando prazo para que a Comissão Regional de Obras da 1ª Região Militar promova a anulação da fase de habilitação da Concorrência 4/2014 e dos demais atos dela decorrentes, destacando que a adoção dessa medida prescinde de nova audiência a ser franqueada pelo TCU, já que, após a oitiva prévia dos interessados, não sobrevieram novos elementos fáticos aos presentes autos.

interpretativa: 16. A jurisprudência também não destoa desta linha

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE PAVIMENTOS DE RODOVIA. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL. CISÃO PARCIAL. APROVEITAMENTO DE DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA. MANUTENÇÃO. 1. Remessa necessária não conhecida. O caso dos autos não corresponde às hipóteses do art. 496 do CPC, por se tratar de sentença proferida contra pessoas jurídicas de direito privado. 2. Embora tenha havido a cisão parcial da CSL, acarretando na criação da ECEN, nada obsta a ocorrência de nova cisão parcial com a transferência de patrimônios - tangíveis e intangíveis - a RGS - Engenharia Ltda., empresa pré-existente, nos ditames do art. 229, §3º da Lei nº 6.404/76. 3. Hipótese em que restou caracterizada a operação de cisão parcial, haja vista que os documentos anexos à exordial, quanto às alterações aventadas no contrato social da apelada, denotam a transferência do acervo patrimonial da empresa cindida - incluindo atestados de capacitação técnico-operacional - resultante da participação da sociedade na integralização do capital social da autora. 4. Comprovada nos autos a transferência concomitante de recursos humanos, tendo em vista que os engenheiros detentores dos atestados



técnicos cedidos, passaram a figurar como responsáveis técnicos da RGS, não havendo falar, portanto, em fraude ou comércio de atestados na espécie. 5. A exigência de comprovação de capacidade técnica encontra amparo legal no art. 30, II, da Lei n. 8.666/93 e art. 37, XXI, da CF, assim como se apresenta razoável e ajustada, já que está relacionada à necessidade de demonstração da aptidão e qualidade da empresa licitante para executar o serviço objeto do certame. 6. Comprovada a consumação da cisão e incorporação por meio da alteração do Contrato Social da RGS que aceita a CSL como sócia, não há falar em inviabilidade jurídica no aproveitamento dos documentos apresentados para comprovação da capacidade técnico-operacional vinculados a empresa CSL. 7. Presentes os requisitos caracterizadores da operação de cisão parcial ocorrida entre a CSL - Construtora Sacchi S.A e a RGS Engenharia Ltda., bem como comprovada a viabilidade jurídica da transferência dos atestados de capacidade técnico-operacional, impositiva a manutenção da sentença que julgou procedente o pedido da autora, tornando nula a decisão que inabilitou a demandante na Concorrência Pública nº 11/2017. 8. Mantido o valor dos honorários estabelecido na sentença, porque fixados segundo os critérios definidos no artigo 85, §§2º e 3º, no patamar mínimo legal, observado o escalonamento previsto no §5º, cuja obrigação pelo pagamento caberá pro rata a ambas corréis vencidas no litígio. 9. Honorários recursais fixados nos termos do artigo 85, §11, do CPC. **REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. VOTOS VENCIDOS.**(Apelação e Reexame Necessário, Nº 70077754018, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em: 14-06-2019)

17. Em verdade, o julgado pelo TRF 4, citado no recurso, afasta a possibilidade de que se presuma a manutenção da integralidade da capacidade técnica e operacional pelas duas empresas resultantes da cisão. Isto porque conforme esclarecido pela recorrida, apenas ela manteve os atestados, que não são compartilhados com a outra empresa cindida. (Processo 5041228-62.2017.4.04.7100)

18. Pela análise destes posicionamentos, se extrai que a posição dominante é no sentido da impossibilidade da artificialidade da transferência dos atestados, sobretudo se houver a sua “duplicação”. Invariavelmente, aponta-se para o próprio documento societário registrado na competente Junta Comercial como o elemento preponderante para a análise. Aliado a isso, há o imperativo da ampliação da competitividade, devendo os atestados serem aceitos sempre que o conjunto de documentos apontar para a efetivada demonstração de capacidade pelo licitante.

19. Conforme comprovação contida nas contrarrazões da recorrida, a CAMTER (empresa da qual houve a cisão da Contrex – atual Via Magna), não manteve os atestados constantes do Anexo II – B, são exclusivos da Via Magna, não sendo, portanto “compartilhados” com a CAMTER. O Ato societário trazido aos autos demonstra que, se irregularidade houve, foi com a utilização do acervo pela CAMTER antes de 23/06/2014.



20. Tal fato, por si só, já nos leva à conclusão da regularidade do atestado, eis que, de modo contrário, não teria a CAMTER incentivo a registrar tal fato, que lhe impossibilita utilizar quaisquer daqueles atestados, se com ela permanecesse os elementos que lhe permitissem executar tais objetos.

21. Também em relação à limitação temporal até 31 de dezembro de 2011, entendemos que ela se refere ao momento em que tais obras já estavam em execução, presumindo-se que os elementos subjetivos e equipamentos cindidos à Contrex efetivamente contribuíram para a execução de tais obras.

22. No caso concreto compete a esse colegiado administrativo buscar a finalidade para a qual se propôs a reorganização societária estabelecida entre as sociedades (a) CAMTER CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS S.A, (b) CONTREX CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA e (c) VIA MAGNA INFRAESTRUTURA LTDA (uma das integrantes do Consórcio CPA). Tal alteração societária instrumentalizou-se num primeiro momento no Protocolo de Justificação da Cisão Parcial e, posteriormente, foi objeto de retificação pela própria CAMTER, em 31.12.2015 (Ata de Assembléia Geral Extraordinária).

23. A partir dessa premissa, constata-se que o objetivo inicial do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial, de 31/12/2011, – apesar da cláusula 2.5 – se consubstanciou, nas suas cláusulas primeiras - item 1 e seus subitens - em sub-rogar a titularidade ou propriedade dos direitos tangíveis e intangíveis (acervo técnico-operacional) à sociedade receptora - Contrex Construções e Empreendimentos Ltda, em sua integralidade.

24. Dado relevante é que essa transferência de direitos materiais e imateriais – codificada pelo ato de cisão parcial – permaneceu no mesmo grupo controlador da CAMTER, uma vez que o documento de Protocolo de Justificação da Cisão Parcial tem como signatários/qualificados os únicos sócios da sociedade cindida (Camter) e nomeia como sócio da CONTREX um dos diretores da CAMTER – Sr. Ricardo Luis Bueno de Sousa Freitas – **ver item 2.7 e 2.8 do termo de cisão**. Inclusive, o corpo técnico é o mesmo em ambas as sociedades.

25. Outra questão peculiar é o domicílio comercial dessas sociedades cindida (CAMTER) e cindenda (CONTREX) praticamente idênticos. Tais elementos já apontam para a cisão das empresas que permaneceram sob a gestão dos mesmos administradores, configurando grupo econômico.

26. A leitura mais adequada do subitem 2.5 do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial, aperfeiçoada numa interpretação teleológica<sup>23</sup>,

<sup>23</sup> Método de interpretação que busca alcançar a finalidade para qual a norma foi editada, dando-lhe uma destinação que aenda pela obtenção do bem comum e respeite os objetivos sociais a que se destina.





evidencia que a deliberação da reorganização societária entre CAMTER – CONTREX, edificada nos preceitos do Código Civil e da Lei das Sociedades Anônimas, ajustaram que o acervo transferido alcança o portfólio de qualificação técnica-operacional pretérito (obras executadas) da CAMTER, sucedido das obras em andamento (obras em execução) dessa mesma sociedade empresária, até 31/12/2011. Ou seja, o escopo da obra do DER/MG, iniciada em julho/2011, com participação igualitária de 50% (cinquenta por cento) cabível a consorciada CAMTER, Contrato nº PRC-22.016/2011-DER/MG, nomeadamente da titularidade sobre 571,85 m<sup>3</sup> do volume dos serviços de Camada Porosa de Atrito prevista na obra do DER/MG, fora transferido a CONTREX, em 31/12/2011.

27. A par das diretrizes examinadas acima, a tese argumentativa da FBS Construção Civil e Pavimentação S.A (recorrente) de ilegalidade de compartilhar acervo operacional entre as sociedades CAMTER-CONTREX, não retira a titulariedade ou propriedade do acervo cindido em questão. Pela própria definição conceitual do art. 229<sup>24</sup> da Lei das Sociedades Anônimas – Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 -, a cessão de direitos intangíveis contempla apenas a(s) sociedade(s) cindenda(s) participante(s) do negócio jurídico. Em melhor explicação, no caso posto em litígio administrativo, houve a transferência da titulariedade dos direitos imateriais – a exemplo dos direitos sobre o atestado do DER/MG - da sociedade cindenda (CAMTER) para a sociedade cindida (CONTREX).

28. A tentativa da recorrente de desvirtuar o negócio jurídico praticado pela empresas CAMTER-CONTREX, erguido a partir do item 2.5 do Protocolo de Cisão – cláusula e condições de compartilhamento de acervo – contraria a hermenêutica da norma firmada nos arts. 224<sup>25</sup>, 225<sup>26</sup>, 227<sup>27</sup> e 229 da Lei das S.A.

29. Nota-se, ainda, que antes da emissão do atestado de capacidade técnica-operacional das obras/serviços do DER/MG, datado de 09 de

<sup>24</sup> **Art. 229.** A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão

<sup>25</sup> Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá: I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição; II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão; III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores; IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra; V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação; VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação; VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação. Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa

<sup>26</sup> Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembleia-geral das companhias interessadas mediante justificção, na qual serão expostos: I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização; II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista; III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir; IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

<sup>27</sup> Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.



dezembro de 2014 – **único acervo contestado pela recorrente** -, os acionistas da CAMTER deliberaram em **23 de junho de 2014**, em Assembléia Geral Extraordinária, presente a totalidade dos acionistas, presidida pelo acionista Sr. Ricardo Luis Bueno de Sousa Freitas, tendo como pauta exclusiva a rerratificação dos itens 1.8 e 2.5 do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial, com aprovação sumária dos acionistas. Naquele momento, houve a reestrutura semântica do item 2.5, assim reorganizado: “Para todos os fins de direito, o patrimônio correspondente à capacitação técnico-operacional, integrante do acervo da Camter, representados pelos atestados técnicos, CATs e ARTs, descritos no anexo II – parte B, do protocolo de cisão foram reservados em sua *totalidade* à cindenda Contrex (atual Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda). E mais adiante, “Poderão ser emitidas novas CATs respeitadas as ARTs lançadas no Anexo II – parte B, sendo que a cindenda Contrex (atual Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda), só terá *incorporado* ao seu patrimônio os atestados das obras em andamento até 31/12/2011”.

30. Em melhor explicação: O ato praticado pela CAMTER, ainda que em momento posterior, elimina a possibilidade de que os atestados técnicos tenham sido “duplicados”, vedando a possibilidade de “compartilhamento”. O ato registra que os atestados das obras em andamento até 31/12/2011 pertencem integralmente à Contrex (atual Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda), não sendo compartilhados com a Camter..

31. Como se vê, *comprovadamente*, os direitos sobre a transferência da titularidade dos direitos conexos ao atestado do DER/MG da consorciada CAMTER – detentora de 50% do volume dos serviços executados de CPA, exatos 571,85 m<sup>3</sup> – para a CONTREX - instrumentalizados nos preceitos do Código Civil e da Lei das Sociedades Anônimas -, e **após a rerratificação do item 2.5**, através de convocação de Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 23 de junho de 2014, relatada nos §§ precedentes, pode a Comissão de Licitação concluir pela veracidade do acervo apresentado pelo Consórcio CPA (recorrido).

32. Assim, a cessão desses mesmos direitos foram transferidos posteriormente da CONTREX – então nomeada pela razão social VIA MAGNA CONSTRUÇÕES E EMPRENDIMENTOS LTDA (VME) – para VIA MAGNA INFRAESTRUTURA LTDA (VMI), em 31/12/2015 (data do protocolo de cisão da VME em VMI). A documentação detalhada pode ser conferida a partir do item 2.7 do Anexo II da Ata de Reunião dos Sócios, integrante da documentação de habilitação (fls. 145 a 212 ) do Consórcio CPA. Nessa acepção, a titularidade dos direitos associados ao atestado do DER/MG pertence *exclusivamente* a sociedade empresária VIA MAGNA INFRAESTRUTURA LTDA – um das empresas do Consórcio CPA.

33. Por esses motivos a proposição da recorrente em agrupar lógica temporal e redutora do volume de CPA conexo ao atestado do DER/MG não se sustenta, considerado as explicações precedentes.



34. O argumento recursal da licitante FBS Construção Civil e Pavimentação S.A de rejeição do atestado do DER/MG porquanto **"se trata de um atestado parcial de uma obra qua ainda estaria em andamento"**, é imprópria porque a contratante dos serviços - DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE MINAS GERAIS - já emitiu, **desde 13 de agosto de 2015**, Termo de Recebimento Definitivo do Contrato nº PRC-22.016/2011 – Processo nº 0128186-2300/2001-5.

35. Dentre os assuntos recursais exibidos tem-se, também, a situação fática do envio da relação das máquinas/equipamentos – Anexo II, parte A, parte integrante do Protocolo de Cisão Parcial - apresentado tão somente após aberta diligência administrativa pela Comissão de Licitação que, segundo a recorrente inadmissível agrupar no processo licitatório porque **"intempestivo"**, por transbordar os requisitos firmados no Acórdão nº 2.444/2012-TCU-Plenário:

(...)

No entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU (Acórdão n. 2.444/2012 – Plenário), a transferência do acervo técnico, total ou parcial, é possível desde que observados alguns requisitos. São eles:

*“- a ocorrência de transferência do patrimônio tangível juntamente com parcelas do conjunto subjetivo de variáveis que concorreram para a formação da cultura organizacional da empresa ‘cedente’;*

*- a existência de tratamento expresso, no negócio jurídico que tenha formatado a operação reestruturante, quanto à divisão do acervo técnico da empresa;*

*- a existência de total compatibilidade entre os responsáveis técnicos que constam do acervos transferidos e o responsável técnico da empresa ‘cessionária’.”.*

Embora o entendimento do E. TCU trate de transferência de acervo, e não utilização compartilhada como é o caso, os mesmos requisitos devem ser observados na espécie.

Percebe-se, pelo entendimento do E. TCU, que não basta a mera transferência do atestado de capacidade técnica, uma vez que ele, por si, nada de experiência transfere à empresa que o recebe. Justamente por esse motivo, entende-se que além do atestado, deve-se transferir também equipamentos e materiais relacionados àquela experiência atestada, bem como os recursos humanos necessários para que a empresa cessionária tenha, de fato, condições de executar obras semelhantes àquelas mencionadas no acervo.

Desse modo, a relação de bens móveis transferidos deve ser analisada em conjunto com o atestado cedido, sob pena de ele não ser aceito.



Na espécie, percebe-se que o CONSÓRCIO CPA não se atentou a tais regras, e, mais uma vez, com total descuido, deixou de apresentar ao protocolo de justificação da cisão parcial o Anexo II, parte 'A' que indicaria a relação de bens móveis transferidos.

Conforme se pode observar da documentação anexada, o protocolo de justificação se encerra às fls. 60, e já na fl. 61 foi apresentado o Anexo II, parte 'B', omitindo-se, portanto, a primeira parte do referido anexo. (...)

(...)

Em resposta à diligência, embora tal documento não tivesse sido requerido pela D. Comissão, o CONSÓRCIO CPA furtivamente apresentou o Anexo II, parte 'A' com outros documentos que dizem respeito a fatos objeto da diligência. (grifo detalhado pelo Presidente da Coissão de Licitação)

O fato é que o Anexo II, parte 'A' não é um documento novo ou um documento que poderia ser dispensado. Também não é um documento que poderia ser obtido por meio de diligência, uma vez que não tem a finalidade de esclarecer dúvida sobre documento existente. Ao contrário de tudo isso, a relação de bens móveis transferidos é **documento essencial para aferir a regularidade da transferência do acervo**, sem o que ela deve ser reputada inválida.

Portanto, uma vez que não fora apresentada a documentação adequada no momento oportuno, não mais poderá ser aceita a documentação apresentada pelo CONSÓRCIO CPA.

(...)

36. O processamento da licitação requer a elaboração de um instrumento convocatório, no qual constem todas as regras que serão aplicadas quando da realização do certame que selecionará o contratado, bem como todas as condições para a execução do futuro ajuste. No caso específico, tem-se a cláusula de "*diligência*", assim preceituada:

23.5 É facultado à Comissão, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, **adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo:** (g.n)

37. Para sermos ainda mais objetivos, o art. 56, I, da Lei das Estatais, incorpora a figura dos "*vícios insanáveis*" para desclassificação de propostas. Portanto, por analogia, a inteligência normativa permite o saneamento de impropriedades, desde que homenageados os princípios do julgamento objetivo e da igualdade das licitantes, **expressos a todos no subitem 23.5 do Edital**. Logo, não constituirão vícios desclassificantes de proposta e/ou inabilitantes de documentação aqueles que, por sua natureza, possam ser



sanados pelo ente contratante, sem prejuízo da isonomia e do julgamento objetivo. Note-se que o documento contendo a comprovação do requisito editalício foi apresentado no momento oportuno. Tendo surgido dúvidas acerca do seu real alcance, a licitante foi provocada a esclarecer tais dúvidas, sem, contudo, alterar o conteúdo daquilo já entregue regularmente.

38. Em outro julgado o Superior Tribunal de Justiça – STJ admitiu a possibilidade de juntada posterior de documento destinado a esclarecer dúvida acerca de outro, apresentado tempestivamente, assim orientado: “No procedimento, é juridicamente possível a juntada de documento meramente explicativo e complementar de outro preexistente ou para efeito de produzir contraprova e demonstração do equívoco que foi decidido pela Administração, sem a quebra de princípios legais ou consuetudinários”. Essa questão foi apreciada no julgamento do Mandado de Segurança nº 5.418/DF.

39. É verdade administrativa que a diligência aberta pela Comissão de Licitação – Ofício Nº CSAT-OFI-2020/04691, de 26 de maio de 2020, juntado às fls. 637/638 dos autos, destacava o “envio dos documentos de cisão da CAMTER com melhor resolução para verificarmos as transferências de acervo técnico para CAMTER/CONTREX-VMC (Anexo II, Parte B) e VMC/VMI (Anexo 2-B)” – § 5º do Ofício de diligência. Portanto, pela lógica interpretativa do subitem 23.5 é razoável o acréscimo do Anexo II – parte A, parte integrante do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial da CAMTER – Construções e Empreendimentos S.A., haja vista esse documento aferir no subitem 2.4 que **“São vertidos à CONTREX os bens móveis relacionados no ANEXO II – PARTE A”**, conferido às fl. 56 da documentação de habilitação da recorrida. Assim, é possível agrupar esse documento, fixado na resposta à diligência, uma vez que *tal documento tem natureza declaratória - e não constitutiva - de uma condição preexistente*<sup>28</sup>. Note que o documento exigido pelo edital (atestado) não foi alterado, mas sim juntado documento que permitiu à Comissão de Licitação a adequada compreensão da validade do documento.

40. Dando substância à transparência que se exige nas contratações administrativas, verifica-se às fls. 166 e seguintes da documentação da recorrida, o Anexo 2 – Parte A, do Protocolo de Justificação da Cisão Parcial da Via Magna Construções e Empreendimentos Ltda (VME) para a Via Magna Infraestrutura Ltda (VMI), no qual inclui-se a relação de bens móveis – máquinas e equipamentos - que foram transferidos entre a primeira e segunda e que, logo, evidenciam a plena capacidade operacional do Consórcio CPA, formado pelas empresas Conserva de Estradas Ltda e Via Magna Infraestrutura Ltda.

41. Outra questão de impugnação se situou na aceitação da Comissão de Licitação da Certidão de Acervo Técnico Retificadora do profissional Eng. Civil Antônio Augusto Duboc Brauna, apresentada pela recorrida em resposta à diligência administrativa.

<sup>28</sup> Acórdão nº 2627/2013 – TCU – Plenário



Ofício Nº CSAT-OFI-2020/04691, de 26 de maio de 2020

Senhor representante do Consórcio CPA – Sr. José Alberto Corrêa Moreira  
Rua Venezuela, nº 208, Sala 01-Pilots, Sion, Belo Horizonte/MG -  
CEP 30.315-250  
Tel.: (31) 2516.8066. e-mail: [ze.all@conserva.com.br](mailto:ze.all@conserva.com.br) ou  
[ryan@conserva.com.br](mailto:ryan@conserva.com.br).

(...)

Estabelecida pelos membros técnicos da INFRAERO, nos termos do Edital regente, a análise da Documentação de Habilitação/Proposta entregues pela licitante Consórcio CPA – formada pelas empresas (1) Conserva Estradas Ltda e (2) Via Magna Infraestrutura Ltda -, tornou-se necessário abrir diligência administrativa.

A subalínea “b.3” do subitem 12.1.1 do instrumento convocatório exige para comprovação editalícia expertise profissional de “*Execução de Camada Porosa de Atrito (CPA)*”.

A licitante arrematante – Consórcio CPA – apresentou para comprovar a exigência de qualificação técnica-profissional a Certidão de Acervo Técnico – CAT nº 1420200001832 do profissional Antônio Augusto Duboc Braúna vinculada ao atestado emitido pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DNER. No entanto, nessa CAT não consta, literalmente, a execução de CPA; tem-se apenas a descrição de atividade técnica de “EXECUÇÃO EXECUÇÃO DE OBRA/SERVICO OUTRAS FINALIDADES GRUPO A (CIVIL) TERRAPLENAGEM, Quantidade 525,24, Unidade Km”.

Nesse sentido, insta-se ao representante da licitante arrematante apresentar, no prazo definido pela Comissão de Licitação, informações complementares que comprovem que o Engenheiro Antônio Augusto Duboc Braúna foi o responsável técnico pela execução do item “CAMADA POROSA DE ATRITO COM POLÍMERO (CPA), EXECUÇÃO, INCLUINDO FORNECIMENTO E TRANSPORTE DOS AGREGADOS” do atestado emitido pelo DER/MG para o contrato PRC-22.016/2011. A comprovação poderá ser feita, por exemplo, através de diários de obra, declaração da contratante, registros da execução da obra, dentre outros que se fizerem necessários.

No mesmo sentido, na documentação fornecida pela licitante arrematante constatou-se que uma das consorciadas efetivou transferência do acervo técnico. Assim, requer-se, também, o envio dos documentos de cisão da CAMTER com melhor resolução para verificarmos as transferências de acervo técnico para CAMTER/CONTREX-VMC (Anexo II, Parte B) e VMC/VMI (Anexo 2-B).

Informa-se que as respostas poderão ser enviadas para e-mail: [licitabr@infraero.gov.br](mailto:licitabr@infraero.gov.br), para fins de avaliação da Comissão de Licitação, no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas.

42. Conhecedora da realização e do conteúdo da diligência aberta pela Comissão de Licitação a recursante censurou – **com base no § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93** - a fixação da CAT Retificadora nesse procedimento licitatório porque, em sua ótica empresarial, entende que “é vedado que o licitante, por meio de diligência, apresente documentos novos que deveriam ter sido apresentados com a documentação da proposta. A



*diligência não se presta a corrigir o vício na documentação, mas sim ara esclarecer ou complementar alguma informação que precise de detalhamento".*

(...)

Em relação à qualificação técnico-profissional, o CONSÓRCIO CPA indicou o Eng. ANTONIO AUGUSTO DUBOC BRAUNA, com a finalidade de comprovar a sua qualificação para o item 'Camada Porosa de Atrito – CPA', e o fez por meio da CAT n. 1420200001832.

Essa certidão de acervo técnico, porém, possui uma série de irregularidades que não permitem a habilitação do CONSÓRCIO CPA em relação à qualificação técnico-profissional.

(...)

Note que a única atividade executada segundo consta na Certidão do CREA é a de terraplenagem, inexistindo qualquer informação a respeito da execução de alguns dos serviços exigidos no instrumento convocatório, como exemplificativamente, a CPA.

Essa conduta implica em claro descumprimento da regra do edital, não havendo possibilidade mínima de que o licitante seja habilitado se não apresentou a comprovação de atendimento ao edital quando da apresentação dos seus documentos.

(...)

Essa D. Comissão de Licitação, ao analisar a documentação enviada pelos licitantes, constatou a total impertinência da Certidão de Acervo Técnico apresentada, ressaltando, inclusive, que não estariam descritas as atividades exigidas no edital.

A par disso, embora tenha constatado a ocorrência de inequívoco fato ensejador a inabilitação do CONSÓRCIO CPA, a D. Comissão de Licitação entendeu por bem determinar a realização de diligência voltada a apurar aquela ocorrência.

(...)

Ora, com o devido respeito a essa D. Comissão de Licitação, deve-se destacar que **não é adequada a realização de diligência quando uma Certidão de Acervo Técnico – CAT indiscutivelmente não indica o serviço que deve ser comprovado pelos licitantes**. Note que não é uma questão de dúvida se aquele serviço é compatível/similar, ou sobre quantidades/qualidades. Trata-se aqui de uma certeza de que aquele serviço não constava na CAT.

(...)

Ainda assim a diligência foi indevidamente realizada.

Em resposta à determinação da D. Comissão, o CONSÓRCIO CPA apresentou **documento novo, consubstanciado em Certidão de Acervo Técnico Retificadora**. Desta vez, o rol de atividades executadas é extenso e detalhado, contendo uma série de informações que pela CAT anterior sequer seria possível presumir. **Este foi o único documento apresentado para atender a diligência em relação a esse ponto!**

Frise-se que a ordem de diligência foi para que o CONSÓRCIO CPA apresentasse **documentos relativos à obra, que comprovassem a participação do referido engenheiro na execução dos serviços**. Veja



que a ordem de diligência chegou a trazer alguns exemplos de documentos que poderiam ser juntados (*através de diários de obra, declaração da contratante, registros da execução da obra*), mas o CONSÓRCIO CPA deu de ombros para a decisão da D. Comissão de Licitação, preferindo emitir uma nova e questionável Certidão de Acervo Técnico – CAT.

Não é preciso lembrar que é vedado que o licitante, por meio de diligência, apresente documentos novos que deveriam ter sido apresentados com a documentação da proposta. A diligência não se presta a corrigir o vício na documentação, mas sim para esclarecer ou complementar alguma informação que precise de detalhamento.

Para vícios na documentação outra é a solução cabível: **a inabilitação/desclassificação!!!**

(...)

A Lei Geral de Licitações é clara e inequívoca. A diligência é bem vista quando se limite a esclarecer a documentação apresentada, sendo que a permissão em apresentar documentos novos implica em subversão desse tão importante instituto.

Não se afirme, aqui, que a presente alegação seria uma formalidade excessiva, que deveria ser mitigada com o objetivo de buscar a melhor proposta. A vedação à apresentação de documento novo é uma garantia para todos os licitantes, é uma garantia de isonomia.

O CONSÓRCIO CPA substituiu a sua Certidão de Acervo Técnico – CAT por outra com teor totalmente distinto. Como pode isso ser admitido? Seria como substituir um atestado de qualificação técnica por outro com mais atividades comprovadas no curso do certame.

(...)

As flexibilizações do instrumento convocatório ocorridas nestes autos devem ser revistas, uma vez que têm comprometido a isonomia entre os licitantes.

(...)

43. Claramente que a realização de diligências deve ser antecedida de análise de RAZOABILIDADE e PROPORCIONALIDADE diante do caso concreto. Por óbvio, se os documentos não despertarem qualquer dúvida quanto ao seu conteúdo não há razões para agenciar procedimento de diligências. No entanto, no caso concreto, houve incertezas dos membros técnicos no que se refere ao conteúdo da Certidão de Acervo Técnico – CAT do Eng. Civil Antônio Augusto Duboc Brauna, porque apesar desse profissional incluir-se na relação dos responsáveis técnicos constantes do atestado do DER/MG – além dessa CAT está vinculada as obras/serviços do DER/MG e, essa mesma CAT aferir, como contratante, o Consórcio Aterpa/Camter –, não menciona os serviços de Camada Porosa de Atrito – CPA.

44. Para Marçal Justen Filho, a promoção de diligências não constitui uma competência discricionária da autoridade julgadora: *"Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas*





*envolverem pontos obscuros [...], a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (...) mediante uma escolha subjetiva. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes<sup>29</sup>". (grifou-se).*

45. Segundo o advogado da União e doutrinador, Ronny Charles<sup>30</sup>, "*as diligências são prerrogativas que o agente público pode utilizar, quando for preciso, para esclarecer dúvidas, (...). Então, em vários momentos do procedimento licitatório, o agente público pode, sim, realizar diligências. Não necessariamente sempre, porque isso seria um estorvo para o procedimento, mas, sim, em vários momentos que esse procedimento seja necessário*", explica.

46. Conforme Ronny Charles, quando se fala em conveniência e oportunidade, na verdade está se falando do juízo discricionário do ordenador da disputa que, identificando a necessidade da realização da diligência, possa ser utilizada essa ferramenta. Por essa razão se fala em "*conveniência*" e "*oportunidade*". Esses fatores não permitem uma liberdade absoluta para realizar diligências. A discricionariedade vai ser a permissão dada ao agente público para, em algumas situações, como por exemplo em um caso típico de exequibilidade de proposta, poder realizar, ou não, a diligência. Ou seja, ele decidirá se é ou não o caso de utilizar a diligência.

47. *Nessa acepção*, consubstanciado pelas dúvidas suscitadas pelos membros técnicos constituídos para processar e julgar este certame e, ainda, em razão da ideia de celeridade que deve orientar o processo de contratação pública, a diligência regozijada pela recorrente se fez necessária. A digressão argumentativa da FBS Construção Civil e Pavimentação S.A (recorrente) não retrata a verdade dos fatos contestados, apenas se auxilia, de forma *convencional*, de entendimentos prolatados em decisões aplicáveis as empresas estatais.

48. Registra-se, aqui, que *não se está a desrespeitar os motivos recursais apresentadas pela recorrente*, apenas explica-se que esse colegiado administrativo, na sua *impessoalidade*, acoplado aos fatos narrados, deve ser manifestar em defesa dos princípios e regras distribuídas no Edital de Licitação regente.

49. De igual sorte, de forma acessória, o subitem 23.5 da carta editalícia privilegia o saneamento de impropriedades, conceituadas na figura de "*vícios sanáveis*".

É facultado à Comissão, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, adotar medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. Ed. São Paulo: Revisita dos Tribunais, 2014, p. 805.

<sup>30</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas, 6ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2014.



impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

50. Comumente interroga-se a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do art. 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1993.

51. Deste modo a melhor interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente (acervo profissional/operacional), por conseguinte admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. (...)³¹.

52. Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, que elucida com a clareza que lhe é peculiar, a diligência visa: *"(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório."* (Ivo Ferreira de Oliveira, *Diligências nas Licitações Públicas*, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.). (g.n).

53. Por trás dessas prerrogativas encontram-se a finalidade da busca da PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PELA ADMINISTRAÇÃO, bem como a aplicação do FORMALISMO MODERADO nos certames licitatórios ponderado com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

54. A promoção de diligência é incentivada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como ocorrido no Acórdão 2159/2016 do Plenário que indicou caber ao ordenador da disputa o encaminhamento de *"diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas"*.

55. Em diversas oportunidades, o TCU chega a indicar a obrigatoriedade da realização de diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante:

**É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação**

³¹ Autor: Rodolfo Moura. Fonte: <https://portal.conlicitacao.com.br/artigos-juridicos/diligencia-nas-licitacoes-publicas/>.



entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário) - (grifo e sublinhado exercido pelo Presidente da Comissão de Licitação).

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 – Plenário) - (grifo e sublinhado exercido pelo Presidente da Comissão de Licitação).

56. Nesse ponto, observa-se dos julgados do TCU que a figura da diligência é um poder-dever da Administração que dela deve se utilizar **SEMPRE QUE NECESSÁRIO**.

57. Assim, é compreensível que apesar de o TCU, em determinado momento, afirmar ser indevida a "*inserção de documento novo*" em face de diligência administrativa – Acórdão nº 2873/2014 TCU Plenário; tem-se que essa mesma Corte de Contas, alinha outros julgados mais flexíveis, *em exemplificação*, as decisões colegiadas pronunciadas nos Acórdãos nos 3418/2014 e 1795/2015, ambos do plenário do Tribunal de Contas da União, replicados no §§ precedentes.

58. Em mais perfeita elucidação, a Comissão de Licitação, escoltada pela hermenêutica normativa conferida no art. 56, I e VI, da Lei das Estatais, diante da entrega da CAT Retificadora, resolveu considerar, para efeito de capacitação profissional, o acervo estabilizado no atestado do DER/MG, por entender que a entrega da CAT Retificadora tem natureza explicativa confirmativa de documento integrante desde o início do invólucro de habilitação da recorrida (acervo profissional).

Art. 56. Efetuado o julgamento dos lances ou propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:

- I. contenham vícios insanáveis;
- ...
- VI. apresentem desconformidade com outras exigências do instrumento convocatório, salvo se for possível a acomodação a seus termos antes da adjudicação do objeto e sem que se prejudique a atribuição de tratamento isonômico entre os licitantes.



59. Mais uma vez, a Comissão não permitiu, por meio de diligência, a alteração do atestado. Isto é, não houve alteração quanto à pessoa, à obra ou serviço, ou ao quantitativo. Conforme explicitado acima, a diligência teve por objetivo comprovar se o atestado entregue conforme regra editalícia efetivamente se referia à execução do CPA. Nem poderia ser diferente, pois o atestado não é documento produzido pela recorrida, mas sim por terceiro. Desta forma, eventual falha na correta descrição dos serviços não pode ser interpretada em desfavor da recorrida, cabendo-lhe a oportunidade de demonstrar que o atestado apresentado efetivamente se refere ao serviço objeto de atestação conforme disposto no edital.

60. Em situação análoga, o TCU<sup>32</sup> decidiu que "É indevida a inabilitação de licitante em razão da apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória - e não constitutiva - de uma condição preexistente". Ou seja, se se aplicar esse entendimento ao caso aqui imunizado, a CAT Retificadora apresentada pela recorrida, com data posterior à abertura do certame, é válida e não pode ser rejeitada pela Comissão de Licitação porque afronta a recomendação jurisdicional do TCU, deliberada no Acórdão nº 2627/2013 – TCU – Plenário.

61. De outra parte, a recorrente inseriu a discursão de que a recorrida não juntou em momento anterior ao da fase competitiva (lances) o detalhamento do BDI, segundo a exigência adstrita na Nota 4 do subitem 8.2.1 do Edital.

8.2.1 Para a formação do preço de proposta [dimensionamento dos custos] as licitantes poderão optar pela mão de obra onerada ou mão de obra desonerada, respeitando-se os limites estabelecidos nas composições analíticas de BDI e Encargos Sociais, conforme Anexos **X, XI, XII e XIII**.

(...)

Nota<sup>4</sup>: deverá integrar a proposta comercial das licitantes o detalhamento da composição do BDI e dos respectivos percentuais praticados.

62. No decorrer da análise documental – Habilitação/Proposta da licitante arrematante – Consórcio CPA – a licitante FBS Construção Civil e Pavimentação S.A registrou uma questão de ordem no "chat de mensagens" do Lictacoes-e.com.br, assim relatado:

Avaliando a documentação apresentada pelos concorrentes antes da fase de lances, disponibilizada pela Infraero, FBS Construção Civil e Pavimentação S.A. tem a seguinte questão de ordem e como consequência requerimento que faz ao final:

O **Item 8. Proposta de Preços** do edital, discorre sobre **documentação e informações a serem apresentadas ANTES da fase de lances**, exclusivamente por meio do sistema eletrônico, até data e hora limites fornecidas no edital.

<sup>32</sup> Acórdão nº 2627/2013 – TCU – Plenário.



Em resumo, pede-se:

- 8.1 : valor global na moeda Real (R\$);
- 8.1.1 : prazo de validade não inferior a 120 (cento e vinte) dias consecutivos;
- 8.1.2-a: planilha de serviços e preços – PSP (modelo – Anexo XV);
- 8.2 - Nota 4: detalhamento da composição do BDI e dos respectivos percentuais praticados;

No Item 9. Da Abertura, dos Lances, e do Julgamento da Proposta de Preços, temos determinação clara de desclassificação para a fase de lances na letra a) de 9.2:

**9.2. Não será classificada** para a fase de lances a proposta que:

a) **deixar de apresentar quaisquer dos elementos exigidos no item 8**, ou apresentá-los em desacordo com qualquer exigência deste Edital;

Em função do acima exposto e da **não apresentação do detalhamento da composição do BDI por parte da Conserva de Estradas Ltda.**, FBS Construção Civil e Pavimentação S.A. requer a imediata desclassificação da Conserva de Estradas Ltda., invalidando, por conseguinte seus lances e determinando o lance de R\$ 13.900.000,00 (treze milhões e novecentos mil reais) da FBS Construção Civil e Pavimentação S.A. como o lance mais vantajoso e vencedor da etapa de lances.”.

63. Em retorno, a Comissão de Licitação, representada pelo seu Presidente, registrou a seguinte entendimento no “*chat de mensagens*” do licitacoes.com.br:

A “questão de ordem” alegada pela licitante FBS Construção Civil e Pavimentação S.A se baseia numa interpretação literal. No entanto, cabe a Comissão de Licitação, nos termos do art. 31 da Lei das Estatais, fundamento legal deste certame, assegurar a busca da proposta mais vantajosa. Nesse sentido, aberta a análise das propostas iniciais a Comissão de Licitação constatou que todos os valores globais registrados pelas participantes expressavam enorme distanciamento do preço referencial da INFRAERO. Assim, resolveu oportunizar a todos as licitantes permanecer na fase competitiva para, de forma espontânea, reavaliar seus custos operacionais e de logística e oferecer o seu melhor preço global ao ente contratante, para, assim, garantir as diretrizes firmadas no princípio da competitividade, tão benéfico a Administração Pública. Ademais, a proposta final da licitante arrematante encaminhada nos termos do item 12.5, “c”, do Edital deverá contemplar o detalhamento da composição do BDI e Encargos Sociais e dos respectivos percentuais praticados”. (g.n)

64. Em embargo ao entendimento exposto pela Comissão de Licitação a recorrente acoplou essa “*questão de ordem*” na sua peça recursal:

(...)

Com o devido respeito, a fundamentação da r. decisão recorrida subverte a lógica procedimental dos processos licitatórios. Não há regra alguma que permita ao ente contratante a flexibilizar ou desconsiderar regras do edital com o objetivo de garantir uma contratação mais barata.

O objetivo de assegurar a proposta mais vantajosa não se revela um permissivo para violação ao edital. Deve-se buscar a contratação da proposta mais vantajosa dentre **aquelas que atendem à todas exigências editalícias**.



Deve-se ponderar, ademais, que o mesmo art. 31 da Lei das Estatais que determina a seleção da proposta mais vantajosa, estabelece também o **princípio da vinculação ao edital e do julgamento objetivo**, que determinam que o ente contratante está adstrito às regras do ato convocatório, não podendo dele se desvincular sob qualquer pretexto. O princípio do julgamento objetivo, por sua vez, determina que a Administração deva decidir toda e qualquer fase do procedimento com base em critérios e parâmetros certos, previamente definidos, evitando subjetivismos que são sempre prejudiciais à disputa.

(...)

Não se pode ignorar o fato de que “os princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo preceituam que, uma vez publicado o edital, seus termos tornam-se lei entre as partes e vinculam tanto a Administração Pública, quanto os prováveis licitantes que tiveram condições de participar da disputa.”<sup>33</sup>

(...)

Assim, não há dispositivo legal que permita a violação ao instrumento convocatório. Caso fosse assim, a D. Comissão de Licitação teria um ‘cheque em branco’ para decidir as regras que cumpriria e as que não cumpriria em determinado certame o que poderia resultar em favorecimentos indevidos – o que, esclareça-se, não ocorre no caso em tela.

Portanto, confirma a recorrente que, de fato, ‘se baseia numa interpretação literal’ como afirma a D. Comissão, uma vez que é essa a determinação imposta pelo edital.

(...)

Aqui, até mesmo pela elementar interpretação do princípio da legalidade, tem-se claro que a Administração somente pode fazer o que a lei – em sentido amplo – autoriza. Assim, não havendo previsão para descumprimento do edital, inexistente autorização para que condutas sejam tomadas em sentido diverso do que ele estabelece.

Diante disso, ao não desclassificar o CONSÓRCIO CPA, nos termos do que manda o item 9.2 do instrumento convocatório, a D. Comissão de Licitação, com a devida *venia*, descumpre o princípio da vinculação ao edital, uma vez que se distancia da regra por ele estabelecida, e também viola o princípio do julgamento objetivo, uma vez que afasta-se do cumprimento de regras e critérios objetivos previamente estabelecidos e fundamenta sua decisão – contrária ao edital – em conceito jurídico indeterminado – proposta mais vantajosa.

Portanto, mais uma vez deve-se reafirmar que é indiscutível a necessidade de desclassificação da proposta do CONSÓRCIO CPA, pelas razões anteriormente expostas.

Necessário frisar, ainda, que a alegação de que “*a proposta final da licitante arrematante encaminhada nos termos do item 12.5, “c”, do Edital deverá contemplar o detalhamento da composição do BDI e Encargos Sociais e dos respectivos percentuais praticados*” não supre o vício da omissão na apresentação do documento no momento determinado.

Aqui, destaca-se, inicialmente, a materialização do descumprimento do edital em razão da permissão dada ao recorrido de descumprir o prazo

<sup>33</sup> TRF-5 - AGTR: 97854 PE 0007987-96.2009.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo, Data de Julgamento: 16/03/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 08/04/2010 - Página: 475 - Ano: 2010



determinado pelo instrumento convocatório. Mas essa questão de vinculação ao edital já foi tratada anteriormente.

Cabe destacar, neste ponto, que a apresentação do detalhamento posteriormente, além de ser ilegal, é medida que garante ao recorrido uma vantagem competitiva, além de violar a isonomia.

Explica-se.

Ao ser dispensado do detalhamento do BDI, o recorrido não precisa abrir os seus custos indiretos estabelecidos no BDI. Com isso, ele tem maior margem para descontos a depender do desenrolar da negociação, de modo que, se lhe parecer interessante, poderia o recorrido conceder mais descontos, e depois adequar tal diminuição ao BDI que será informado.

Ou seja, permitiu-se que o recorrido compusesse o seu BDI após ter conhecimento de qual seria o preço da contratação, dando a ele mais margens para negociação.

Por outro lado, a recorrente, por ter cumprido o quanto estabelecido no edital e por ter apresentado seu detalhamento de BDI, fica vinculada a tal detalhamento, e sua proposta fica menos suscetível a alterações.

Portanto, primeiro garante-se uma vantagem competitiva por permitir que o recorrido possa definir o seu BDI após conhecer o valor pelo qual será contratada. Em segundo, viola-se a isonomia ao exigir que os licitantes apresentem detalhamento de BDI sob pena de desclassificação, e, em relação ao Consórcio recorrido não se cumpre tal regra.

(...)

65. A leitura atenta do art 31 da Lei 13.303/2016 traz um reposicionamento hermenêutico das diretrizes fundamentais a serem consideradas pelas Empresas Estatais (INFRAERO) quando da realizações de suas contratações públicas. Que, neste particular, difere um pouco da Lei nº 8.666/93, que prevê que a licitação destina-se a garantir a observância, primeira, da matriz principiológica de isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública para, em seguida, correlacionar os demais princípios básicos da administração. Ademais, a norma refreada no art. 31 da Lei nº 13.303/2016 preceitua que as licitações realizadas pelas entes estatais têm dupla finalidade: (1ª) buscar a SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA; e (2ª) evitar o superfaturamento e o sobrepreço.

66. Nesse cenário, é insofismável afirmar que o legislador ordinário definiu, legalmente, que a primeira finalidade das licitações promovidas pelas estatais é a obtenção no mercado fim da PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, sem se afastar das garantias a satisfação dos valores legais e disciplinados no instrumento convocatório e que seja obtida mediante aplicação de determinados princípios.

67. Em direta correlação com as diretrizes estabelecidas na carta editalícia, na data/hora de abertura das propostas o ordenador da disputa – Presidente da Comissão de Licitação – verificou que havia 8 (oito) fornecedores cadastrados para participar deste certame, com suas respectivas propostas comerciais iniciais,



a saber: Fornecedor nº 01 – R\$ 19.073.684,28; Fornecedor nº 02 – R\$ 20.000.000,00; Fornecedor nº 03 – R\$ 24.499.658,73; Fornecedor nº 04 – R\$ 29.966.810,79; Fornecedor nº 05 – R\$ 30.125.445,42; Fornecedor nº 06 – R\$ 100.000.000,00; Fornecedor nº 07 – R\$ 100.000.000,00 e Fornecedor nº 08 – R\$ 995.166.040,26.

68. Naquele momento, ao se proceder a análise de propostas, observou-se que somente 1 (um) fornecedor juntou o detalhamento do BDI e de Encargos Sociais. Houve 2 (dois) fornecedores que registraram somente o valor de proposta inicial (sem anexos), as outras 5 (cinco) apensaram suas respectivas propostas iniciais, conforme modelo disponibilizado no Edital de regência.

69. A leitura integrada do Edital, em conjunto com o art. 31 da Lei das Estatais, e considerado o enorme distanciamento dos valores iniciais em relação ao do orçamento sigiloso possibilitou, por deliberação da Comissão de Licitação - enfatizado o PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO - manter todos os fornecedores na fase competitiva (oferta de lances).

70. No caso específico da recorrida – ausência do detalhamento do BDI – explica-se que, apesar de não constar a planilha de BDI analítica, é de conhecimento público de que todos os valores unitários – apresentados em obras/serviços de engenharia – nas contratações públicas (licitação) devem ser suplantados com os custos diretos e indiretos.

71. Nessa acepção, conforme inteligência adstrita nos subitens 8.2, 8.3 e 8.4 do ato convocatório, pode se concluir que os preços unitários e global iniciais do Consórcio CPA (recorrida) – naquele momento – continham tacitamente os custos diretos (Encargos Sociais) e indiretos (BDI), de forma implícita.

8.2 As propostas deverão observar as seguintes taxas de Bonificação e Despesas Indiretas (B.D.I.) e de Encargos Sociais, se onerado ou desonerado, conforme opção da empresa licitante:

BDI's	Onerado	Desonerado
BDI Obra	21,75%	27,85%
BDI Insumos Betuminosos	15,00%	21,24%
BDI Serviços Técnicos	31,24%	
Encargos Sociais	Onerado	Desonerado
ES Horistas	114,93%	86,01%
ES Mensalistas	71,80%	48,61%

8.3. Tendo em vista as definições e obrigações contidas neste Edital e seus Anexos, especialmente nas Especificações Técnicas (**Anexo XVIII**), a licitante deverá considerar no seu preço proposto que a





fiscalização do Contrato estará sediada na Cidade onde serão executadas as obras/serviços;

8.4. A licitante deverá considerar incluídas no(s) valor(es) proposto(s) todas as despesas que possam influir direta ou indiretamente no custo para execução do objeto a ser contratado, conforme especificações constantes deste Edital e seus Anexos;

8.5. A licitante deverá utilizar, sempre que possível, nos valores propostos, mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas existentes no local da execução das obras/serviços, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do objeto e seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação;

72. Essa decisão, fundamentada, da Comissão de Licitação resultou numa ampliação da disputa na fase competitiva entre as concorrentes, otimizando, assim, o princípio da competitividade e a obtenção de valores globais mais vantajosos a Administração Pública. Vejamos:

Classificação	Licitantes	Proposta Inicial (antes da fase de lances)	Proposta Final (fase competitiva)
1ª	Consórcio CPA (arrematante)	R\$ 20.000.000,00	R\$ 11.500.000,00
2ª	FBS Construção Civil e Pavimentação S.A	R\$ 19.073.684,28	R\$ 13.900.000,00
3ª	Engibras Engenharia S.A	R\$ 24.499.658,73	R\$ 16.487.062,29
4ª	Construtora Estrutural Ltda	R\$ 29.966.810,79	R\$ 29.966.810,79
5ª	Transvias Construções e Terraplanagem Ltda	R\$ 30.125.445,42	R\$ 30.125.445,42
6ª	ALS Construtora Eireli	R\$ 100.000.000,00	R\$ 100.000.000,00
7ª	Cerqueira Torres Construções e Terraplanagem e Pavimentos Eireli	R\$ 100.000.000,00	R\$ 100.000.000,00
8ª	RSA Engenharia Ltda	R\$ 995.166.040,26	R\$ 995.166.040,26

73. O objeto imediato do procedimento licitatório é a seleção da proposta que melhor atenda aos interesses da administração e, como objeto mediato, a obtenção de certa e determinada obra ou serviço que atendam aos anseios da Administração. Nesse sentido, a permissiva de manter todas as licitantes que cadastraram propostas, no site [licitacoes-e.com.br](http://licitacoes-e.com.br), para participarem da fase competitiva, oportunizou cada uma dessas licitantes reorganizar seus custos primários e de logística para, assim, assinalar seus melhores preços ao ente contratante.

74. O PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO procura, acima de tudo, não inabilitar/desclassificar licitantes *por meras inconformidades*. Nesse sentido, busca formas simples e propõe que eventuais enganos não sejam entraves à aceitação de determinada documentação ou falhas menores, *desde que não prejudiquem a essência do procedimento licitatório*. Formalismo moderado não significa ausência de formalismo. Além disso, há processos que exigem formas predeterminadas e, nesse caso, tais formas devem ser seguidas, sob pena de nulidade. O PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, assim como qualquer outro princípio, não pode ser visto isoladamente, mas



deve sempre ser sopesado com os demais princípios, tais como RAZOABILIDADE e PROPORCIONALIDADE, e, também, o da VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, pois somente assim se obterá a dimensão adequada de sua aplicação.

(...),aplica-se o princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas ainda as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, tudo de acordo com o art. 2º, § único, incisos VIII e IX, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (TCU, Acórdão nº 7.334/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 11.12.2009.)

75. Com precisão, o PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, consiste, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para facultar um grau de certeza, garantia, proteção, segurança, respeito ao direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. A proposta inicial da recorrida, sem o BDI analítico, englobou *de maneira implícita*, os custos diretos e indiretos. E mais, definido o melhor preço - edificado na fase de lances - onde todos os participantes, *espontaneamente*, externaram o seu melhor preço - a licitante arrematante (recorrida), nos termos do Edital, apresentou sua proposta ajustada no valor de R\$ 11.500.000,00 (onze milhões e quinhentos mil reais), escoltada das planilhas de BDI, Escargos Sociais, Insumos Betuminosos e do Cronograma Físico-Financeiro, subtraindo assim, a lacuna inicial.

76. Sendo assim, ainda que a recorrida não tenha apresentado o BDI analítico na fase apropriada, o fez - agora na condição de arrematante - no decorrer da entrega da documentação de habilitação e de proposta ajustada - R\$ 11.500.000,00; portanto, afastando qualquer cogitação de não considerar - para efeito de detalhamento de BDI -, situação que ensejaria a sua desclassificação sumária pois, caracteriza-se como um *vício sanável*. Trata-se de considerar o PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, de acordo com o qual a exigência editalícia é atendida de forma oblíqua.

77. A aplicação desse princípio foi aceita, entre outras oportunidades, na situação tratada no Acórdão nº 7.334/2009, conforme isolado no voto do Ministro Relator transcrito abaixo:

1. De fato, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERIA PRESCINDIR DO **MENOR PREÇO**, apresentado pela empresa vencedora, por mera questão formal, CONSIDERANDO QUE A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA FOI CUMPRIDA, EMBORA QUE DE FORMA OBLÍQUA, SEM PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME.
2. Sendo assim, aplica-se o **PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO, QUE PRESCREVE A ADOÇÃO DE FORMAS SIMPLES E SUFICIENTES**



PARA PROPICIAR ADEQUADO GRAU DE CERTEZA, SEGURANÇA E RESPEITO AOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS, PROMOVENDO, ASSIM, A PREVALÊNCIA DO CONTEÚDO SOBRE O FORMALISMO EXTREMO, RESPEITADAS AINDA AS FORMALIDADES ESSENCIAIS À GARANTIA DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS, tudo de acordo com o art. 2º, § único, incisos VIII e IX, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (TCU, Acórdão nº 7.334/2009, 1ª Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 11.12.2009.)

78. A recorrente questiona a execução dos serviços relacionados à CPA, pois apenas os serviços relacionados à CPA descritos no atestado contam com um asterisco (\*) ao final de sua descrição, como se alguma observação houvesse em relação a esse item. Conforme orientação CREA/CONFEA os atestados técnicos de obras/serviço em andamento, devem conter as seguintes informações ao serem emitidos:

1. Contrato nº: (ou outro documento que deu origem à obra ou serviço técnico)
2. Objeto do contrato: (transcrever exatamente como se encontra no contrato)
3. Endereço da obra/serviço técnico: (contendo o logradouro, nº, município e estado)
4. Empresa contratada: (quando houver, informar razão social e CNPJ)
5. Contratante: (contendo razão social e CNPJ)
6. Proprietário: (contendo razão social e CNPJ)
7. ART: (número da ART - informação opcional no atestado)
8. Responsável Técnico: (título profissional completo, nome completo, nº do registro no Crea e nº do Registro Nacional de Profissionais - RNP)
9. **Atividades que já foram concluídas até a data de emissão do atestado** sob a responsabilidade técnica do profissional: (descrever as atividades ou etapas já concluídas até a data de emissão do atestado, que fazem parte do objeto do contrato.)
10. Período de participação nos serviços: (data de início e previsão de conclusão – dia, mês e ano. Se não houver uma data prevista para a conclusão dos serviços, colocar a expressão “em andamento”)

79. Desta maneira, o atestado emitido pelo DER-MG para CAMTER, contém o quantitativo efetivamente executado até a data de medição indicada, não sendo motivo de questionamento ou dúvida dos itens constantes no atestado. Outro fator que podemos considerar é a emissão e registro dos atestados por autarquias públicas, DER-MG e CREA-MG respectivamente, tendo fé pública todos os documentos emitidos por essas autarquias.

80. Com relação às várias questões de inexecuibilidade, apresentadas pela FBS CONSTRUÇÃO CIVIL E PAVIMENTAÇÃO S/A em seu recurso, cumpre esclarecer que:

- I. O orçamento de referência da Infraero foi elaborado com base no Decreto nº 7.983, de 04 de agosto de 2013, que estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos



dos orçamentos da união; e na Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

- II. A Infraero, na qualidade de empresa pública e, mais especificamente, a área de orçamentos da Engenharia, adotou o disposto na lei nº 13.303/2016 que estabelece que, o custo de referência de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de obras de infraestrutura de transporte, será obtido a partir de composições de custos unitários menores ou iguais à mediana de seus correspondentes nos custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi.
- III. No caso de obras de infraestrutura de transportes, o custo de referência foi obtido a partir das composições dos custos unitários do SICRO, sistema cuja manutenção e divulgação cabe ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).
- IV. Nas circunstâncias, onde os serviços orçados não estavam contemplados nas referidas tabelas de custos, realizou-se o estipulado pela Lei nº 13.303/2016 que prevê que, no caso de inviabilidade da definição dos custos pelo SINAPI (ou SICRO) poderão ser utilizados dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.
- V. As diversas tabelas de custos mantidas por órgãos e entidades da esfera estadual podem ser consideradas "*sistemas específicos instituídos para o setor*", sendo pacífica sua aceitação como fonte referencial de preços. Nesse sentido, o Acórdão TCU 3.272/2011-Plenário assim dispôs:
- 9.1.1.9. [...] adotar, nesta ordem, os seguintes critérios para avaliação dos preços referenciais máximos permitidos:
- 9.1.1.9.1. mediana dos preços do Sinapi, localidade Rio Grande do Norte;
  - 9.1.1.9.2. subsidiariamente, preços do Sicro2, localidade Rio Grande do Norte;
  - 9.1.1.9.3. subsidiariamente, preços de outros sistemas aprovados pela Administração Pública, na hipótese de não serem encontradas referências nos sistemas anteriores, ou em caso de incompatibilidade técnica das composições desses paradigmas frente às peculiaridades do serviço, desde que demonstrada documentalmente mediante justificativa técnica;
  - 9.1.1.9.4. subsidiariamente, cotação de mercado contendo o mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado;
- VI. Então, no que diz respeito aos referenciais de custo, esta é a metodologia que foi empregada pela área de orçamentos da Engenharia da Infraero para os serviços orçados analiticamente, tendo sido então utilizados todos os referenciais de custos possíveis à uma Empresa pública.



- VII. Quanto às pesquisas de mercado, ao se deparar com um insumo ou serviço cujo preço não estava contemplado pelos sistemas referenciais de custos, disponíveis para consulta, os orçamentistas utilizaram-se de pesquisas de mercado, procedimento expressamente previsto na lei nº 13.303/2016, conforme exposto anteriormente.
- VIII. Quanto ao número mínimo de cotações, necessárias para cada insumo ou serviço cotado, no caso da utilização do Portal de Compras Governamentais, foi admitida a pesquisa de um único preço, conforme preconizado pelo TCU em sua Cartilha "*Orientações sobre a elaboração de planilhas orçamentárias de obras e serviços de Engenharia*".
- IX. Já no caso das pesquisas de mercado junto a fornecedores, conforme Acórdãos 1.266/2011-Plenário, 837/2008-Plenário e 3.219/2010-Plenário, do TCU, a equipe de orçamentista tentou obter, sempre que possível, o mínimo de três cotações de fornecedores distintos sendo que, nos casos onde não seja possível obter tal número de cotações, são apresentadas justificativas circunstanciadas.
- X. A partir das cotações obtidas, foi realizado tratamento estatístico sobre os valores coletados, a fim de se obter um custo referencial. Nesse aspecto, a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 7/2014 dispõe que o resultado da pesquisa de preços será a média ou o menor dos preços obtidos, podendo o gestor adotar a forma que melhor atenda ao objeto a ser contratado e à realidade local, entretanto, devido à empresa já possuir um Manual de Procedimentos que trata do assunto, no caso a MP – 6.01 (LCT), o tratamento estatístico preconizado na MP em questão é o que foi aplicado pela área de Orçamentos de Engenharia da Infraero, em suas cotações de mercado.

Face ao exposto, importante ressaltar que o orçamento de referência da Infraero foi elaborado com base em normas, leis e orientações do TCU, aplicáveis ao tema, e, assim, encontra-se exequível considerando que, para sua elaboração, foram utilizados todos os referenciais de custos aplicáveis à uma Empresa Pública. Com relação a proposta comercial ajustada – R\$ 11.500.000,00 apresentado pelo CONSÓRCIO CPA, importante esclarecer que o valor global, e todos os preços unitários, encontram-se dentro dos parâmetros de exequibilidade vigentes.

81. Segundo a referida disposição da carta editalícia se houvesse algum valor unitário inexecuível na proposta ajustada da recorrida, seguindo a jurisprudência do TCU, não caberia a Comissão de Licitação declarar a inexecuibilidade de determinados preços unitários, mas facultar a recorrida, nos exatos termos da alínea "d" do subitem 13.2 do instrumento convocatório, possibilidade de comprovar a exequibilidade de



seus preços. Isso porque o juízo de inexequibilidade de uma proposta – quer unitário ou global – não é absoluto, mas admite demonstração em contrário, pois não se pode descartar a existência de situações peculiares nas quais determinado licitante se encontre e que lhe permite ofertar preços – unitários e ou global – inferiores ao limite de exequibilidade estimado. Por exemplo “é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos como infraestrutura, pessoal, etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo” (TCU. Acórdão 1.248/2009 – Plenário).

13.2 A COMISSÃO verificará a conformidade do preço global da proposta ajustada em relação ao orçamento previamente estimado para a contratação, sua conformidade com os requisitos do instrumento convocatório, promovendo a desclassificação daquela que:

- a) contenha vícios insanáveis;
- b) não obedeça às especificações técnicas especificadas no instrumento convocatório;
- c) apresente preços manifestamente inexequíveis ou acima do orçamento estimado para a contratação;
- d) não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Infraero;**
- e) apresente desconformidade com quaisquer outras exigências deste Edital, desde que insanáveis;
- f) apresentar qualquer oferta de vantagem baseada em proposta das demais licitantes ou de qualquer outra natureza, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido.

13.2.1 serão consideradas inexequíveis as propostas com valores globais inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor do orçamento previamente estimado pela Infraero;
- b) valor do orçamento previamente estimado pela Infraero.

13.2.2 a Comissão promoverá diligência de forma a conferir ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

13.2.2.1 na hipótese de que trata o subitem **13.2.2**, o licitante deverá demonstrar que o valor da proposta é compatível com a execução do objeto licitado no que se refere aos custos dos insumos e aos coeficientes de produtividade adotados nas composições de custos unitários;

13.2.2.2 a análise de exequibilidade da proposta não considerará materiais e instalações a serem fornecidos pelo licitante em relação aos quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração, desde que a renúncia esteja expressa na proposta.



82. Apesar de a Comissão de Licitação carecer de competência, neste momento, em divulgar o orçamento prévio da INFRAERO, pode-se, com respaldo nas diretrizes da Lei nº 13.303/2016, afirmar que o valor proposto pela vencedora do certame está inferior ao da INFRAERO.

83. É reconhecível, portanto, que a natureza procedimental é uma das características marcantes dos certames licitatórios. Com efeito, trata o processo licitatório de ato administrativo plenamente guiado por uma sucessão preordenada de etapas, submetidas à observância do conteúdo verificado nas etapas anteriores, nas quais se desenvolverá a atividade administrativa. Tal natureza é pressuposto de validade das licitações, na medida em que busca preservar o PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE e proporcionar aos particulares o conhecimento prévio das condições a que serão submetidos na hipótese de participarem do certame. Esta dinâmica de procedimentos desfruta da presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos. *"A primazia do interesse público, ante a presunção de legitimidade do ato administrativo, deve prevalecer até prova cabal em contrário"* (STJ, AgRg na SLS 1.546/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julg. Em 21/11/2012, DJe 05/12/2012). Nessa acepção, se constituiu a Comissão de Licitação, para processar e julgar o objeto posto em contratação pública.

84. Atento a esses dispositivos, a Comissão de Licitação, sem isolar a recorrente, confere a todos as licitantes participantes a presunção de idoneidade administrativa para ofertar e competir, observadas as regras editalícias.

85. Diante dos fatos acima expostos, esta Comissão, de Licitação entende que os argumentos da recorrente não possuem respaldo legal e/ou probatório para ensejar a desclassificação/inabilitação da recorrida, declarada vencedora do certame. Entendemos, portanto, não cabíveis os argumentos ventilados pela recorrente, diante da plausibilidade dos fatos, princípios e fundamentos aqui analisados.

## 6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base na análise empregada no item 5 desta instrução administrativa, opina-se por não reconsiderar a decisão proferida por este colegiado administrativo que habilitou a licitante Consórcio CPA, tendo em vista que as razões administrativas interpostas pela recorrente FBS CONSTRUÇÃO CIVIL E PAVIMENTAÇÃO S.A carecem do devido respaldo legal para reformá-la e porque, na hipótese de dar-se provimento total ao teor da referida peça recursal, estar-se-ia a INFRAERO afrontando aos Princípios do **VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, do **JULGAMENTO OBJETIVO**, da **EFICIÊNCIA** e da **LEGALIDADE** e do **FORMALISMO MODERADO**.





Para efeito dos entendimentos da Comissão de Licitação submete-se o assunto ao crivo do Superintendente de Engenharia da INFRAERO, autoridade competente deste certame.

Brasília/DF, 23 de junho de 2020.

Hércules Alberto de Oliveira  
Presidente da Comissão de Licitação  
Ato Adm. CSAT-AAD-2020/01141

Rafael Reis Yamamoto  
Membro Técnico

Flavia de Moraes Oliveira  
Membro Técnico

