

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES DESIGNADA PELA RESOLUÇÃO CONJUNTA SEINFRA/DER 005/2021 E ALTERAÇÕES, CONDUTORA DO PROCESSO LICITATÓRIO MODALIDADE CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2022 – CONCESSÃO DA ADMINISTRAÇÃO E EXPLORAÇÃO DOS TERMINAIS RODOVIÁRIOS GOVERNADOR ISRAEL PINHEIRO (TERGIP) E METROPOLITANOS DE BELO HORIZONTE, MINAS GERAIS.

**AGILIZA – COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS EIRELI**, pessoa jurídica de responsabilidade limitada registrada no CNPJ/MF sob o n. 22.580.716/0001-48, com sede à Av. Comendador Francisco Alves Quintas, n. 220, Bairro Industrial Benjamin Guimarães, Sarzedo- Minas Geais, CEP.: 32.450-000 por seu representante legal Gabriel Ribeiro da Silva, nos termos dos atos constitutivos vigentes, vem, respeitosamente, com fundamento no Art. 41, § 2º, da Lei 8.666/93 c/c cláusula 8.1.do Edital da Concorrência Pública em epígrafe, **IMPUGNAR**, de forma genérica, o procedimento adotado, e, de forma específica, as cláusulas 20.21.1 e 20.21.2 econsectárias, por afronta, respectivamente, ao Art. 22 da Constituição Federal de 1988, e aos Arts. 43 e 30, inciso I, da Lei 8.666/93, conforme doravante passará a expor, requerendo-vos sejam tais cláusulas decotadas do Edital.

Trata-se de concorrência pública cujo objeto é a ***“concessão dos serviços públicos de recuperação, modernização, manutenção e operação do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro – TERGIP e dos TERMINAIS METROPOLITANOS e ESTAÇÕES de Transferência – MOVE da Região Metropolitana de Belo Horizonte – MG”, com inversão de fases, regida pela Lei Federal nº 8.987/1995, e respectivas alterações e regulamentação (“LEI DE CONCESSÕES”), pela Lei Federal nº 8.666/1993, e respectivas alterações e regulamentação (“LEI DE LICITAÇÕES”), pela Lei Federal nº 12.527/2011, pela Lei Estadual 12.219/1996, pelo Decreto Estadual 44.603/2007, pelo Decreto Estadual nº 47.524/2018 e demais normas vigentes sobre a matéria,*** conforme seu preâmbulo.

**PRELIMINARMENTE**, a impugnante possui capacidade jurídica para tomar parte na presente licitação, conforme comprovam seus instrumentos constitutivos e CNPJ.

Também em preliminar, constata-se a tempestividade da presente impugnação, visto que encontra-se designada a data para a entrega dos envelopes para o próximo dia 21 de março corrente, após adiamento decidido por esta Comissão.

Pois bem.



## I – ILEGALIDADE APARENTE DA INVERSÃO DE FASES

O Art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988, dispõe que *compete privativamente à União dispor sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.*

Embora permita a mesma Carta Magna, permita aos Estados, Distrito Federal e Municípios legislar supletivamente, esta suplementação deve manter-se dentro dos limites estabelecidos na Lei Federal, ou seja, **não pode altera-la para mais ou para menos.**

É que o Brasil é uma federação, e a autonomia legislativa dos entes que a compõe (Estados, Distrito Federal e Municípios) restringe-se à observância das normas expedidas pela União, salvo quando expressamente a Constituição Federal permite-lhes, expressamente, a liberdade legislativa.

Não pode, por exemplo, nenhum Estado Membro, muito menos municípios, criarem crimes, impostos, ou estabelecerem procedimentos na esfera dos processos civil, tributário, penal, ou mesmo **administrativos**, diversos do estabelecido na Lei Federal correspondente.

Aqui entra a questão dos procedimentos licitatórios. Quando o Art. 118 da Lei Federal 8.666/93 estabeleceu que **“os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei”**, não estava, nem está (porque vigente até 2023), autorizando os municípios a **altera-la**, mas estabelecendo que suas próprias legislações que regiam a matéria concernente às licitações públicas, **deveriam adaptar-se ao quanto disposto na, então, nova lei de regência federal, a própria Lei 8.666/93.**

Embora, por outro lado, o Art. 115 desta Lei 8.666/93 tenha disposto que **“os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei”**, tendo seu parágrafo único disposto **“que as normas a que se refere este artigo, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial”**, tais **normas relativas aos procedimentos operacionais** restringem-se ao quanto **não ofenda aos procedimentos operacionais** determinados pela Lei 8.666/93.

Aqui então, temos que: 1) a inversão de fases para esta Concorrência Pública estabelecida no Edital, fere o Art. 43 da Lei 8.666/93; 2) não há indicado, no edital em tela, quaisquer leis estaduais que tenham admitido a inversão de fases nas concorrências públicas em Minas Gerais.

No primeiro caso, dispõe o Art. 43 da Lei Federal 8.666/93:

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



I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - .....

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - .....

V - .....

VI - ....."

(grifos e destaques nossos).

A expressão "SERÁ" tem caráter impositivo, não permitindo que seja vilipendiada por quaisquer meios.

Não poderá, portanto, nem poderá, ser alterada por nenhuma norma de caráter local.

É certo que a doutrina assegura que o Supremo Tribunal Federal ainda não **vedou** a inversão de fases, infelizmente, adotada por grande parte dos Estados brasileiros, **e não a vedou porque ainda não apreciou matéria a respeito.**

Mas, ainda que se admitisse a inversão de fases, **esta deve ser preconizada em Lei Complementar do ente federado**, e tal lei deve ser indicada nos respectivos editais de licitação.

Sabemos que os Estados que veem adotando a inversão de fases passaram a fazê-lo lastrados na Lei Federal 10.520/2002, que criou o regulamentou os Pregões no âmbito das licitações "para aquisições e serviços comuns", mas nem por isso pode-se admitir a simples inversão nos procedimentos da Lei 8.666/93 como regra, ainda mais se tal regra não encontra-se estabelecida em lei, ainda que de âmbito local.

A presente licitação rege-se pela Lei 8.666/93, deixando claro a inaplicabilidade da nova lei das licitações vigente desde abril do corrente ano, porque a anterior permanecerá em vigor até 2023, e, assim, deve cingir-se ao quanto estabelecido no diploma da década de 1990.

Assim é o entendimento do Colendo Tribunal de Contas da União (TCU), -- colacionado em judicioso parecer proferido pelo Procurador de Contas Alessandro Macedo, do TCMBA, *verbis*:

*"De outro giro, cumpre apenas mencionar que o TCU entende a "inversão de fases" viola o Estatuto das Licitações, como se pode depreender no seguinte julgado: A sistemática de licitação estabelecida pela Lei 8.666/93 impõe - diferentemente dos regimentos estabelecidos para as concessões, as parcerias público-privadas, o pregão e o RDC - que o exame das propostas de preços oferecidas pelos licitantes deve ocorrer somente após a etapa de habilitação das empresas. Relatório de Auditoria realizada*



*em contrato de repasse firmado pela União, por intermédio do Ministério das Cidades, e o estado de Sergipe, destinado à ampliação do sistema de esgotamento sanitário do município de Aracaju/SE, apontara, originalmente, deficiência no projeto básico e ausência de cadastramento do contrato no Siasg. Em sede de análise de audiências, verificou se que houve “indevida inversão de fases na condução da Concorrência n. 003/2008, uma vez que a Deso realizou primeiro a abertura das propostas de preço e posteriormente a abertura do envelope de habilitação da empresa que apresentou menor preço”. Sobre o tema, o relator registrou que nos certames regidos pela Lei 8.666/93 a verificação dos documentos de habilitação antecede a abertura das propostas de preços. Consignou, ainda, que “apesar de alguns diplomas legais posteriores à Lei n. 8.666/1993 terem disciplinado, de forma impositiva ou facultativa, a inversão dessas fases, como a Lei n. 8.987/1995 (Concessão de Serviços Públicos), a Lei n. 10.520/2002 (Pregão), a Lei n. 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas) e a Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação), não há que se baralhar os procedimentos de um e de outro regramento, sob pena de se criar um mecanismo híbrido sem guarida no ordenamento jurídico.”. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, determinou à Companhia de Saneamento de Sergipe que em certames custeados com recursos públicos federais observasse “a sucessão preordenada de atos nos procedimentos licitatórios, especialmente a sistemática estabelecida pela Lei n. 8.666/1993 no que se refere à exigência de que o exame das propostas de preços oferecidas pelos licitantes deve ocorrer somente após a etapa de habilitação das empresas participantes da disputa”. **Acórdão 1415/2013-Plenário, TC 000.341/2010-0, relator Ministro Substituto Marcos Bemquerer Costa, 5.6.2013”***

Por outro lado, o Edital não faz qualquer referência à legislação estadual que estabeleça a inversão de fases, pois que a lei estadual e os decretos que menciona em seu preâmbulo, **não tratam do tema**, e, evidentemente, no caso dos decretos, nem poderia fazê-lo, visto que não se altera uma lei, em especial uma lei federal, por um ato do Poder Executivo local.

**DESTARTE, IMPUGNA-SE A INVERSÃO DE FASES NO PRESENTE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, POR AFRONTA À LEI 8.666/1993 E AO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, PUGNANDO-SE A V. S. PELA REEDIÇÃO DO EDITAL EM TELA, COM OBEDIENCIA AO PROCEDIMENTO ESTABELECIDO POR AQUELA LEI.**

## **II – IMPUGNANDO A CLAUSULA 20.21 E CONSECTÁRIAS**

A cláusula 20.21 e suas consectárias do Edital em tela, assim dispõe:



## QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

20.21. Para fins de qualificação técnica na LICITAÇÃO, a LICITANTE individual ou membro de CONSÓRCIO deverá ser um OPERADOR que tenha executado os seguintes serviços:

20.21.1. administração e operação simultânea de, no mínimo, 3 (três) terminais ou estações de passageiros, sendo considerado os modais aéreo, portuário, metroviário, ferroviário, rodoviário ou urbano, com volume somado de, no mínimo, 20.000 (vinte mil) passageiros embarcados por dia em pelo menos um dos últimos 10 (dez) anos, incluindo a execução da organização do embarque e desembarque de pessoas, atividades de limpeza, conservação, manutenção e vigilância;

20.21.2. implantação e operação de central de controle operacional do tipo integrada, com capacidade de gestão e monitoramento em tempo real de forma simultânea de, no mínimo, 3 (três) terminais ou estações de passageiros, sendo considerado os modais aéreo, portuário, metroviário, ferroviário, rodoviário ou urbano, com volume somado de, no mínimo, 20.000 (vinte mil) passageiros embarcados por dia em pelo menos um dos últimos 10 (dez) anos.

20.22. Para comprovação das exigências previstas no subitens 20.21.1 e 20.21.2, admite-se o somatório de atestados de mais de um empreendimento, desde que ao menos um dos atestados contemple no mínimo 50% (cinquenta por cento) do total das respectivas exigências editalícias.

Com efeito, a exigência de quantitativos e prazos mínimos, ofende, textualmente, o Art. 30, inciso I, da Lei 8.666/93, *verbis*:

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

(.....)

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

(grifos e destaques nossos).



A expressão **vedadas** tem caráter impositivo, ou seja, não podem ser exigidas quantidades mínimas ou prazos máximos (ou mínimos, por evidente), quando da apuração da comprovação da capacidade técnica exigida às licitantes.

A vedação tem sua razão de ser no princípio da **ampla concorrência**, basilar no processo licitatório brasileiro. É que, ao exigir-se que as licitantes tenham comercializado anteriormente quantitativo mínimo de seus produtos para, agora, passar a fornecê-los ao ente público, ou tenham prestado serviços também em quantitativos mínimos dentro de um determinado prazo, **estar-se-ia excluindo empresas capacitadas a fornecer os produtos ou os serviços, capacitação técnica esta dada pela comprovação do licitante possuir em seu quadro permanente profissional de nível superior ou equivalente reconhecido por entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica pela execução da obra ou serviço de características semelhantes** ao objeto da licitação, conforme dispõe a primeira parte do inciso I daquele art. 30 da Lei 8.666/93.

Mesmo que, em tese, se adote o posicionamento de alguns Conselheiros de certos Tribunais de Contas, como no caso do eminente Cons. Bruno Dantas (TCU, 1ª Câmara) do Tribunal de Contas da União, o Edital ora impugnado fere o entendimento daquela Corte, *verbis*:

*“Acórdão 2696/2019: Primeira Câmara, relator: Bruno Dantas:*

*É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto se houver justificativa técnica plausível.”*

Mas não é só. O próprio movimento do Terminal Rodoviário Governador Israel Pinheiro, o principal terminal concernente à presente licitação, conforme planilha divulgada pelo próprio TERGIP, comprova que, no ano **anterior à pandemia Covid 19**, ou seja, em 2019, o número de embarques/desembarques naquele terminal fora de 11.984 (onze mil, novecentos e oitenta e quatro passageiros), conforme poderá V. S. contatar *in* <http://www.codemge.com.br/wp-content/uploads/2020/01/jan-dez19.pdf>.

Isabela Montoro, em brilhante artigo publicado *In* <https://radar.ibegesp.org.br/qualificacao-tecnica-e-ilegal-a-exigencia-de-quantitativos-minimos-para-comprovacao-da-capacidade-tecnico-profissional-em-licitacoes/>, ensina:

**“Segundo TCU, irregularidade pode acarretar nulidade de processo licitatório**

Já falamos anteriormente que para **habilitação nas licitações** será exigida dos interessados, entre outros documentos, a comprovação da **qualificação técnica**, a

qual se refere, em termos gerais, à **aptidão profissional para a execução do futuro contrato**, podendo ser de dois tipos:

1. Capacidade técnico-operacional;
2. Capacidade técnico-profissional.

A primeira está ligada à comprovação de que a empresa licitante, enquanto organização empresarial capaz de realizar o seu empreendimento, já executou, de forma satisfatória, **atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**. Já a segunda diz respeito à comprovação, por parte do licitante, de que na data prevista para a entrega da proposta, **possua profissional de nível superior ou outro**

**devidamente reconhecido pela autoridade competente que tenha atestado de responsabilidade técnica pela execução de obra ou serviços semelhantes ao objeto da licitação.**

Com relação à capacidade técnico-profissional, o Tribunal de Contas da União (TCU) entende não há necessidade de existência de vínculo empregatício do profissional com a empresa licitante, sendo suficiente para sua comprovação a apresentação de contrato de prestação de serviços, o qual é regido pelas normas previstas no Código Civil.

Todavia, o ponto de maior confusão e divergência de entendimentos se encontra no fato de que em alguns editais de licitações ainda consta a **exigência de um quantitativo mínimo para que as empresas licitantes comprovem sua capacidade técnico-profissional**, muito embora a Lei de Licitações vede expressamente tal prática, senão vejamos: Art. 30 (...) § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes



a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

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

Tendo em vista que o assunto é **complexo, podendo gerar diversas dúvidas no âmbito das contratações públicas**, hoje, além da teoria, traremos especialmente para vocês um recente entendimento do TCU, o qual foi consolidado no **Acórdão nº 2521/2019**. Confira!

**Acórdão nº 2521/2019 e a ilegalidade na exigência de quantitativos mínimos para comprovação da capacidade técnico-profissional**

Trata-se de um Relatório de Auditoria realizada por uma Secretaria de Fiscalização com a finalidade de avaliar a execução das obras e serviços remanescentes da implantação e pavimentação de uma rodovia, durante a qual, entre outros questionamentos, verificou-se se os procedimentos licitatórios realizados para a condução da obra foram regulares.

Assim, em análise ao edital de Concorrência que regrou a licitação á época, constatou-se que, nos critérios de habilitação, constava a **exigência de quantitativos**



mínimos para a comprovação da capacidade técnico-profissional, o que é expressamente vedado pela Lei de Licitações e inclusive consolidado pela jurisprudência do TCU, conforme já ressaltado acima.

Sendo assim, a equipe de fiscalização deu ciência sobre a ilegalidade da cláusula do edital, tendo em vista a patente afronta ao art. 30, I, §1º da Lei de Licitações, que veda expressamente a exigência de quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional, firmando o seguinte entendimento:

*“A exigência de quantitativo mínimo para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional contraria o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.”*

Portanto, se você integra os quadros da Administração Pública ou faz parte de empresa privada que participa constantemente em licitações, nós da Redação Radar IBEGESP recomendamos que fique sempre atento às condições de habilitação que são incluídas nos instrumentos convocatórios, principalmente com relação à comprovação da capacidade técnico-profissional.

A manutenção de condições como essa, as quais afrontam a Lei de Licitações e os entendimentos firmados pelo TCU, é capaz de gerar a nulidade de todo um processo licitatório, acarretando em prejuízos imensuráveis à Administração e aos licitantes”.

Mas a ilegalidade não se resume à exigência de quantitativos mínimos, como, também, na cláusula 20.21.2, exige-se a comprovação de haver as licitantes administrado terminais com monitoramento eletrônico de, no mínimo, 03 (três) terminais.

Com efeito, embora possa não ter sido intenção do Edital simplesmente afastar concorrentes em relação aos grandes administradores/gestores de terminais rodoviários, sem dúvida que tal exigência **compromete o caráter competitivo do procedimento licitatório, pois que reserva, sem qualquer justificativa plausível, o objeto da licitação (gestão dos terminais) a grandes empresas. A ausência de justificativa plausível para tal exigência patenteia-se diante do fato puro e simples de que o monitoramento eletrônico das atividades dos terminais – seja em termos de segurança, seja em termos de movimentação – não se constitui em atividades de grande complexidade, a exigir-se experiência anterior, muito menos com prazo mínimo, das licitantes.**

Por evidente que a exigência de monitoramento eletrônico não se constitui, por si só, em abuso injustificável. O que afronta a Lei 8.666/93 não é a exigência de que a futura contratada faça o controle eletrônico, **mas a exigência editalícia no sentido de que comprove já o haver feito anteriormente.**

É, pois, tal exigência que se constitui em afronta à lei capaz de reduzir o caráter competitivo da licitação, e que, pois, está sendo objeto da presente impugnação.

### III – CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, além do quanto mais poderia sê-lo, **impugna-se o Edital da presente licitação, para requerer-vos que, a uma, decote-se-lhe a inversão de fases, por afronta à Lei 8.666/93, em seu Art. 43, e, a duas, decote-se-lhe as exigências de quantitativos e prazos mínimos constantes da cláusula 20.21.1 e 20.21.2 e suas conseqüências, por serem todas afrontosas à Constituição Federal de 1988 e à Lei Federal 8.666/93, pela qual rege-se a presente licitação.**

P. deferimento.

Belo Horizonte, MG, 17 de março de 2022.

AGILIZA – COMÉRCIO E LOCAÇÃO DE MÁQUINAS EIRELI

  
Gabriel Ribeiro da Silva