

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Loides

TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0005774-12.2016.8.08.0047

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS

AGRAVADO: ODEBRECHT AMBIENTAL S/A

RELATOR: DESEMBARGADOR SUBSTITUTO JULIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA

DECISÃO

Cuidam os autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO MATEUS, contra a decisão de fls. 181/185 proferida pela MM Juíza de Direito Thaita Campos Trevizan da 1ª Vara de Cível da Comarca de São Mateus que, nos autos do mandado de segurança impetrado por ODEBRECHT AMBIENTAL S/A, deferiu a medida liminar determinando a suspensão do procedimento licitatório inaugurado a partir do Edital da Concorrência Pública nº 001/2016, bem como a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, ou seja, o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme preconizado nos arts. 21, §2º, I, "b" e 21, §4º, todos da Lei 8.666/93.

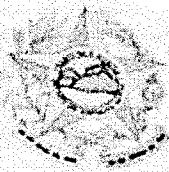
Irresignado, o agravante alega que a empresa impetrante sequer participou do processo licitatório e usa o mandado de segurança como meio que possibilite seu ingresso intempestivo no certame. Afirma que a reabertura de prazo prevista no art. 21, §4º da Lei 8.666/93 somente será concedido quando as alterações afetarem a formulação das propostas. Sustenta que as alterações que refletiam na proposta técnica foram publicadas em 01/04/2016 respeitando o prazo mínimo de 45 dias até a sessão de abertura do certame prevista para 18/05/2016 e remarcada e realizada em 24/05/2016.

Deste modo, pugna, liminarmente, pela concessão do efeito suspensivo ao recurso para, ao final, ser dado provimento ao mesmo, reformando a decisão agravada.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Inicialmente cabe destacar que o presente recurso foi interposto em face de Decisão publicada após o dia 18/03/2016, motivo pelo qual os requisitos de admissibilidade devem ser analisados de acordo com as normas do novo Código de Processo Civil, na forma do enunciado administrativo nº 3 do Superior Tribunal de Justiça.¹

¹ Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Loides

Assim, exercendo juízo de admissibilidade, verifico que preenchidos todos os requisitos do art. 1017 do CPC/15. Portanto, conheço do recurso.

Passo então a analisar a possibilidade de tutela antecipada recursal, na forma como descrita no art. 1.019, inciso I do CPC/2015.

No que tange à concessão da tutela antecipada recursal em sede de agravo de instrumento, o art. 1019, inc. I do CPC/2015 autoriza-a, porém não prevê os pressupostos legais para tanto, aplicando-se, então, os requisitos do art. 300 do Novo CPC, consoante lição de Daniel Amorim Assumpção Neves (Manual de Direito Processual Civil, Ed. JusPodivm, 2016, p. 1573), quais sejam: "*a) demonstração da existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito; e b) o perigo de dano ou o risco do resultado útil do processo (no caso específico do agravo de instrumento o que interessa é a preservação da utilidade do próprio recurso)*".

Fixadas tais premissas, passo a análise dos pressupostos fáticos descritos pela recorrente, escorando meu entendimento.

Verifico que a agravada ODEBRECHT AMBIENTAL S/A impetrou mandado de segurança impugnando os itens 57.2, 57.3 e 57.5 do edital que tratam da comprovação de vínculo do responsável técnico com as empresas licitantes e do atestado de capacidade técnico-operacional.

57. Para comprovação da qualificação técnica, deverá constar do envelope nº 03 a seguinte documentação da LICITANTE:

57.1 Registro ou inscrição da empresa e de seu(s) responsável(is) técnico(s) no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) do local de sua sede ou do local dos serviços, Engenheiro Civil ou Ambiental ou Sanitarista ou qualquer outra engenharia que possua competência. No caso de consórcio, ao menos uma das empresas deverá apresentar o registro em questão;

57.2 - Entende-se como participação do profissional no quadro permanente da Licitante:

1.º) O vínculo empregatício, cuja comprovação será feita mediante apresentação, de cópia autenticada da ficha de registro de empregado com o respectivo carimbo do Ministério do Trabalho e da CTPS;

AI0005774-12.2016.8.05.0047/09

Julio César Costa de Oliveira
MAGISTRADO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Lorges

2.º) E, no caso de profissional dirigente de empresa, pode ser feita através de cópia da ata ou contrato social, conforme o caso, de sua investidura no cargo.

3.º) Em caso de consórcio, o(s) profissional (is) poderá (ao) estar vinculado(s) a apenas uma das empresas integrantes do consórcio.

57.3 – Prova de a licitante, em contrato de concessão ou subconcessão da gestão integrada de sistemas e serviços de saneamento básico de água e esgotos sanitários, no perímetro urbano de um mesmo município haver atingido a operação ou execução dos seguintes tipos e quantitativos mínimos de serviços.

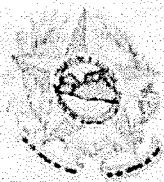
- Operação de tratamento e distribuição de água tratada, com vazão ao menos igual a 100,00 (cem) litros por segundo;
- Operação de estações de tratamento de esgotos com capacidade total de tratamento de efluentes ao menos igual a 80,00 (oitenta) litros por segundo;

(...)

57.5. Para a prova de Capacidade Técnico-Operacional exige-se a comprovação de aptidão para desempenho técnico da LICITANTE mediante a apresentação de certidão(ões) ou atestado(s) em nome do LICITANTE, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, permitindo possível visita e diligência a critério da CPL, comprovando que a LICITANTE ou um dos componentes do consórcio executou obras e serviços e realizou investimentos, com as características e quantitativos mínimos abaixo:

57.5.1 Operação e manutenção de sistema de captação, bombeamento, tratamento, adução, reservação e distribuição de água para sistema de abastecimento público de água que atenda população igual ou superior a 60 mil habitantes para no mínimo 15.500 ligações de água;

57.5.2 Operação e manutenção de sistema de coleta, afastamento, bombeamento, interceptação, transporte e tratamento de esgoto sanitário para sistema de esgotamento público de esgoto de que atenda população igual ou superior a 60 mil habitantes para no mínimo 15.500 ligações;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Lorges

57.5.3 Operação e gestão dos serviços de leitura de hidrômetro, faturamento, cobrança e atendimento ao público em sistema de água e esgoto que atenda pelo menos 15.500 ligações ativas;

Na inicial do mandado de segurança a agravada alega que no item 57.2 do instrumento convocatório a Administração Municipal restringiu a comprovação do vínculo do responsável técnico àqueles apenas com vínculo empregatício e vínculo societário, o que compromete a competitividade do certame.

Sustenta também que, no que tange à habilitação técnico operacional constante do edital, não há permissão para a utilização de atestados de empresas controladas, controladoras ou sob controle comum, contudo tais atestados são suficientes para assegurar a expertise dos licitantes para atendimento da exigência do item 57.5.4, não havendo motivação jurídica para tal restrição.

Alega ainda ilegalidade do critério para definição do valor estimado do contrato contido no item 13 do edital por afronta aos arts. 3º da Lei 8.666/93 e 14 da Lei 8.987/1995.

Em emenda à petição inicial alega que o Município reconheceu os vícios apontados nos itens 57.2, 57.3 e 57.5, mas não foram tomadas as providências necessárias à republicação do edital em clara violação ao disposto ao art. 21, §4º da Lei 8.666/93.

A magistrada concedeu a liminar por entender que todas as alegadas ilegalidades declinadas pela impetrante dizem respeito ao ferimento do princípio da competitividade, especialmente porque a ausência de paridade entre a publicação do edital e a publicação da modificação do edital inviabiliza a participação de outras empresas no certame, por eventualmente acreditar não se enquadrar nos critérios delineados no instrumento convocatório. É dizer: as modificações afetaram a formulação das propostas e implicaram modificação nas exigências anteriormente impostas às concorrentes.

Embora o Município de São Mateus/ES tenha publicado as alterações feitas no Edital de Concorrência Pública nº 01/2016 (TERMO DE REFERÊNCIA – REVISÃO III e fls. 152/155), não há provas a demonstrar que as alterações promovidas no instrumento convocatório foram sucedidas de reabertura do prazo, conforme prevê a legislação aplicável. Ressalto, nesse particular, que ao Município de São Mateus foi oportunizado comprovar o respeito ao art. 21, §4º da Lei Federal nº 8.666/93, ocasião, porém, que alegou ser desnecessária a reabertura do prazo inicialmente estabelecido. Contudo, a divulgação da correção deu nos dias 26/04/2016 e 04/05/2016 (fls. 152/155), razão por que a reabertura dos prazos, nesse caso, é indispensável, nos termos do art. 21,

AL0005774-12.2016.8.08.0047 09

Julio Cesar Costa de Oliveira
MAGISTRADO

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Lorges

§2º, I, b, da Lei nº 12.016/2009.

A agravante se insurge contra a decisão da magistrada de primeiro grau afirmando que a reabertura de prazo prevista no art. 21, §4º da Lei 8.666/93 somente será concedido quando as alterações afetarem a formulação das propostas, não sendo este o caso dos autos. Sustenta ainda que as alterações que refletiam na proposta técnica foram publicadas em 01/04/2016 respeitando o prazo mínimo de 45 dias até a sessão de abertura do certame prevista para 18/05/2016 e remarcada e realizada em 24/05/2016.

Em cognição embrionária, típica da presente fase processual, tenho que os argumentos tecidos pelo município agravante são pertinentes.

Ao tratar dos pedidos de esclarecimentos, o Edital de Concorrência Pública nº 01/2016 é suficientemente claro ao assim afirmar (fls. 77):

15. As LICITANTES poderão requerer esclarecimentos sobre o EDITAL e seus ANEXOS, dirigidos ao Presidente CPL, mediante comunicação escrita protocolada na sede da Prefeitura Municipal de São Mateus, localizada a Avenida Jones dos Santos Neves, nº 70, Centro, CEP nº 29930-900, no horário de expediente em vigor, sendo que os esclarecimentos serão respondidos por escrito às LICITANTES.

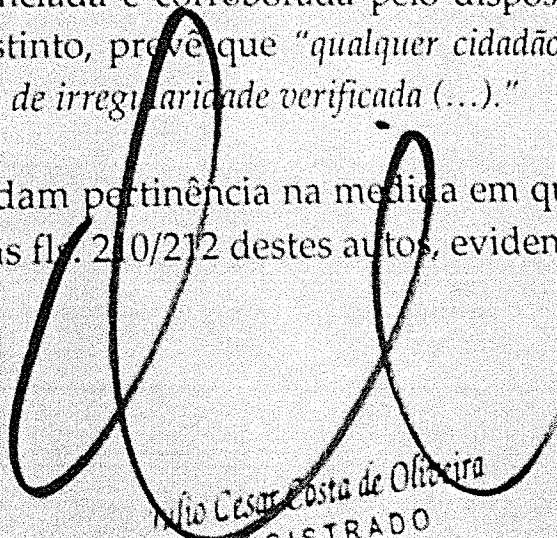
15.1 Os pedidos de esclarecimentos deverão ser encaminhados com antecedência mínima de 05 (cinco) dias em relação à data designada para a sessão pública de entrega dos envelopes.

Como visto, a regra firmada pelo Edital é clara ao autorizar a formulação de esclarecimentos tão somente por licitantes, observando ainda o prazo mínimo para tal desiderato, conforme item 15.1.

A restrição acima evidenciada é corroborada pelo disposto no item seguinte do certame (nº16) que, de modo distinto, prevê que "*qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o presente EDITAL em razão de irregularidade verificada (...).*"

Tais apontamentos guardam pertinência na medida em que a Ata da Concorrência Pública nº 01/2016, colacionada às fls. 210/212 destes autos, evidencia que:

AI0005774-12.2016.8.08.0047 09


Nélson Cesar Costa de Oliveira
MAGISTRADO



236
2

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Lorges

(...)

No momento da abertura credenciaram-se os representantes das seguintes empresas:
- AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S/A, representante Sr. Augusto Kiyoshi Nishi e Gislaine Eloy da Silva.
- ELLO SERVIÇOS, OBRAS E PARTICIPAÇÕES LTDA, representante Sr. Celso Severino Leite e Ricardo Coifman.
- RIOVIVO AMBIENTAL LTDA, representante Sr. Gustavo Pereira Bez.

Dessa forma, em princípio, tenho que a agravada sequer gozava da qualidade de licitante quando do pedido de esclarecimentos por ela formulada. Ademais, após a apresentação de tal pleito, a agravada nem mesmo participou da primeira reunião do certame, ocorrida no dia 24 de maio de 2016, conforme divulgado previamente pelo Município agravante às fls. 174.

Ultrapassada tal questão, observo que a decisão ora guerreada se fundamenta no aparente desrespeito, pelo agravante, da disposição legal inscrita no artigo 21, § 4º da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

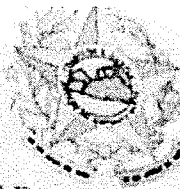
§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Não obstante a necessidade de se conferir ampla publicidade dos atos praticados pela Administração Pública, oportunizando a plena competitividade do certame, a doutrina de Marçal Justen Filho, em obra comentários à lei de licitações e contratos administrativos (2015, p. 288/289) leciona o que segue:

No entanto, é evidente que a relevância das regras contidas no edital é variável. Mais especificamente, a alteração de determinadas regras é absolutamente irrelevante em termos práticos para o licitante, eis que a nova disciplina pode ser atendida sem maior dificuldade.

AI 0005774-12.2016.8.08.0047 09

Julio César Costa de Oliveira
MAGISTRADO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Lorde

(...)

Para adotar interpretação razoável, deve ter-se em vista, então, o prejuízo sofrido pelo licitante em virtude da alteração.

O problema fundamental reside na viabilidade de elaboração das propostas segundo o prazo original. Ou seja, é obrigatório reabrir o prazo quando a inovação trazida não puder ser atendida no prazo remanescente.

Dessa forma, conforme evidenciado pelo ilustre doutrinador, o cerne da questão tratada no dispositivo legal em comento é a existência de possível prejuízo para o interessado em razão de alterações fomentadas pelo ente contratante, que seria evitado com a publicação da medida adotada, reabrindo o prazo para a licitante se adequar.

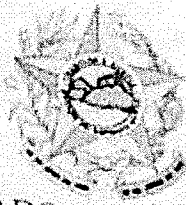
Entretanto, em análise típica deste momento processual, não vislumbro a existência de significativo prejuízo para o agravado, sendo que as alterações posteriormente realizadas pela municipalidade não possuem o condão de alterar eventuais propostas ofertadas pelos licitantes.

Assim, todos os itens questionados pela agravada, conforme aqui já transcrito, versam sobre a qualificação técnica da licitante, de maneira que eventual alteração destes pormenores, no discernimento perfunctório deste julgador, não se mostram relevantes para a formulação e/ou alteração da proposta, não influenciando ainda no preço ofertado pelos licitantes. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO LIMINAR. LICITAÇÃO. PRAZO MÍNIMO ENTRE A PUBLICAÇÃO DA DATA DA SESSÃO PÚBLICA E SUA REALIZAÇÃO. ART. 4º, V DA LEI Nº 10.520/2002. OITO DIAS ÚTEIS. REABERTURA DO PRAZO, EXCEPCIONALMENTE, QUANDO SE VERIFICAR ALTERAÇÃO NO EDITAL CAPAZ DE AFETAR A COMPETITIVIDADE NA FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 21, § 4º DA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1) A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados, devendo ser observado prazo não inferior a 8 (oito) dias úteis para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, com fulcro no inciso V do art. 4º da Lei nº. 10.520/2002. 2) Nos termos do § 4º do art. 21 da Lei nº. 8.666/1993 aplicável subsidiariamente à Lei de regência do pregão, ex vi

AI 0005774-12.2016.8.08.0047 01

Julio Cesar Costa de Oliveira
MAGISTRADO

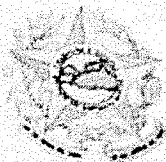


ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Lorges

do art. 9º da Lei nº. 10.520/2002, somente as modificações no edital que implicarem necessidade de alteração na formulação das propostas ensejam a republicação e a reabertura de prazo previsto no inciso V do art. 4º da Lei nº. 10.520/2002. 3) Tratando-se de hipótese em que não houve alteração no edital, mas apenas a retomada do curso do procedimento licitatório anteriormente suspenso por decisão liminar, dispensável a reabertura do prazo mínimo de 8 (oito) dias para formulação das propostas. 4) Recurso provido. (TJES, Classe: Agravo AI, 4139000048, Relator : JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/09/2013, Data da Publicação no Diário: 02/10/2013)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. DOCUMENTO ESTRANGEIRO. REGISTRO EM CARTÓRIO. 1. A exigência de registro de documentos estrangeiros no Cartório de Títulos e Documentos está prevista no § 6º do art. 129 da Lei nº 6.015/73. 2. Todos os licitantes estão vinculados aos termos e às exigências do edital de licitação (Lei 8.666/93, art. 41, "caput"), sob pena de ofensa ao princípio da isonomia. 3. A doutrina e a jurisprudência inclinam-se no sentido de que os esclarecimentos prestados sobre as regras do edital são vinculantes, desde que deles tenham tido ciência todos os licitantes - no caso, a agravante foi comunicada sobre a necessidade do registro em cartório de títulos e documentos em tempo hábil para se adaptar à nova regra. 4. Desnecessária a reabertura do prazo inicialmente estabelecido (art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93) se a alteração promovida não afetou a capacidade dos licitantes de participar do certame, formulando sua proposta e entregando a documentação devida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AGA 0050758-03.2009.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.189 de 01/02/2010)

Neste particular, quadra registrar o entendimento da ilustre magistrada que na decisão agravada assentou que guarda pertinência, ao menos em princípio, "o argumento da Administração Pública de que os dados apostos nos Anexo I e III são parâmetros para os participantes, sendo que a eles, sim, cumpre apresentar uma proposta com exatidão" (fls. 184-verso).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete da Desembargadora Elisabeth Lores

Ademais, outra situação milita em favor do agravante. Ao formular o já mencionado questionamento, em que pese pairar dúvidas acerca de sua legitimidade para tanto – conforme aqui já exposto, a agravada externou entendimentos acerca da interpretação do Edital que foram amplamente corroborados pelo agravante, conforme observado às fls.116/120.

Desse modo, mais uma vez o alegado prejuízo suportado pela agravada se mostra dubio, uma vez que a resposta dada pela Administração a seus questionamentos não resultou em alteração prática de seu prévio entendimento acerca da interpretação do Edital de Concorrência Pública lançado pelo agravante.

Portanto, vislumbro argumento de relevância nas teses defendidas pelo agravante, de maneira tal que a concessão do pretendido efeito suspensivo é medida que se impõe.

Diante deste contexto, **DEFIRO** o efeito suspensivo pleiteado, determinando a suspensão da decisão recorrida, até posterior julgamento deste recurso.

INTIME-SE o agravante do inteiro teor desta decisão. **INTIME-SE** o agravado para que, querendo, cumpra o disposto no artigo 1.019, inciso II do CPC/2015, facultando-lhe ainda a juntada de novos documentos que julgar útil para melhor compreensão da controvérsia.

Comunique-se o inteiro teor desta decisão ao magistrado a quo, para que o mesmo a faça cumprir em sua integralidade, facultando-o prestar as informações que julgar pertinentes.

Cumpridas as diligências acima, voltem os autos à conclusão.

Vitória-ES, 24 de junho de 2016.

JÚLIO CÉSAR COSTA DE OLIVEIRA
Desembargador Substituto