

## **Licitação: Aceitabilidade de atestado técnico-operacional de consórcio em benefício de empresa integrante**

**Luiz Fernando Cortelini Meister (\*)**

Compulsando os problemas hodiernos atinentes à aferição de legalidade incurra nas decisões administrativas provenientes de processos licitatórios, dentre os inúmeros e valiosos temas que poderiam ser reportados em sede de articulação textual, tomamos partido de um assunto específico e incomum que tem como tema geral a qualificação técnico-operacional.

Para tanto, por gosto à brevidade e por zelo à objetividade que se propõe na explanação em curso, deixar-se-á de tratar sobre temas introdutórios, como por exemplo, o limite da legalidade na vinculação do edital ou a fase pré-habilitação do certame. Se tenha, deste modo, que o exame destas condicionantes tenha revelado que o único e exclusivo vício/discussão licitatório jaze no presente problema.

Em rápida pesquisa jurisprudencial e doutrinária pode-se colacionar elaborações jurídicas sobre a aceitação de Atestados Técnico-Operacionais emitidos em nome de empresa que vem a cingir seu quadro social.

De forma coordenada, são colhidos alguns casos que levam em conta a somatória de Atestados de várias empresas que formam um consórcio para comprovar a capacidade técnico-operacional do consórcio formada para determinada licitação.

No entanto, difícil se faz encontrar qualquer escrito no sentido de aceitabilidade de Atestado emitido em nome de um consórcio do qual a empresa licitante, que o apresenta, fez parte. Surge, então, um ponto iminente de proposição jurídica, principalmente quando da negativa de recepção do documento referido pelo poder público.

Tenha-se que uma hipotética Comissão Especial de Licitações, não tenha recebido atestado de capacidade técnico-operacional, alegando que o mesmo se encontra em nome de um Consórcio, do qual, inegavelmente, a empresa licitante fazia parte.

A grosso modo aparenta inexistir dissídio jurídico, mas em exame propositalmente elevado à persecução do direito da empresa licitante, posicionamo-nos que se faz possível argumentar pela aceitabilidade do referido atestado emitido em nome do consórcio.

Primeiramente, e de forma inequívoca, faz-se imponente que seja juntado, quando da fase de habilitação do certame, junto do Atestado emitido em nome do Consórcio, o Instrumento de Constituição do Consórcio, a fim de se verificar a distribuição de cotas, atribuições e responsabilidades, posto que tais fatos tenham o condão de instruir a habilitação (capacidade técnico-operacional) do licitante.

Desde já, faz-se imponente grifar que inexistente no ordenamento jurídico pátrio, seja na legislação pertinente, jurisprudência, ou doutrina especializada, qualquer vedação ao aproveitamento de Atestado de Capacitação emitido em nome de consórcio, por qualquer das empresas que dele faziam parte.

Isso corresponde a dizer que a apresentação do referido Atestado pela empresa licitante é legal e possível, sendo que a única discussão poderia residir no *quantum* cada empresa poderia aproveitar daquele atestado emitido em nome do Consórcio. Eis a dúvida e onde reside.

Façamos uma análise predisposta em rito de pedidos subsidiários, do maior benefício à licitante ao menor, em exame perfunctório da plausibilidade legal de cada um deles.

Um primeiro entendimento sobreleva que em se tratando de uma prestação de serviço em que todas as responsabilidades eram afins, caber-lhe-ia a totalidade dos valores atribuídos no Atestado de Capacitação Técnica. No

entanto, tal significação inibiria o aproveitamento de outra empresa antes consorciada que viesse a disputar o certame em questão e, de fato, aparenta não ser o mais justo entendimento.

Como sobredito, poderia ser tido o atestado pela totalidade dos valores quantitativos dos serviços prestados, posto que as responsabilidades das empresas consorciadas fossem recíprocas e gerais, sobre todos os serviços. Aduz-se isso ao fato de, por exemplo, ser a empresa licitante a empresa-líder do consórcio.

Após, subsidiariamente, se deve assentir que o valor quantitativo dos serviços prestados condizentes à empresa licitante, deve estar na ordem do percentual aritmético do instrumento legal de formação do consórcio, ou seja, o quantitativo de cada serviço ou material, dividido igualmente entre as empresas partes do consórcio. Hipoteticamente, em um consórcio de três empresas, 33,3333%.

Alternativamente ou subsidiariamente – a depender do caso concreto em defesa – o quantitativo do Atestado de Capacidade Técnico-Operacional deveria ser dividido com base no Instrumento de Constituição do Consórcio, aferido pela cota de participação de cada empresa.

Como já comentado, a jurisprudência pátria decide na mesma direção, consoante a soma de atestados de capacidade técnica-operacional, quando da formação dos consórcios. Como antes visitado, o tema em tela é atípico, motivo pelo qual o quadro deve ser tido analogicamente sobre o que já fora decidido.

**ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. FASE DE HABILITAÇÃO. CONSÓRCIO. CONSIDERAÇÃO DO ACERVO TÉCNICO DAS ENTIDADES CONSORCIADAS EM SOMATÓRIO. CABIMENTO. APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO UNANIMEMENTE.**

**1. As entidades consorciadas trouxeram documentação capaz de atestar a qualificação técnica do consórcio, na medida em que as empresas SET e FSF possuem a capacidade operacional exigida (item**

**12.7, B) e as empresas RADIUM e APEL detêm a capacitação técnica (item 12.7, C do edital).** (TJPE - Agravo de Instrumento: AG 191364 PE 001200901184909. Relator: Ricardo de Oliveira Paes Barreto. Julgamento: 22/10/2009. Órgão Julgador: 8ª Câmara Cível. Publicação: 122)

A doutrina brasileira especializada, também orienta neste sentido, conforme artigo bem elaborado pelo ilustríssimo Professor Carlos Ari Sundfeld<sup>1</sup> e outros autores, explanando sobre a possibilidade jurídica e administrativa de dividir o atestado técnico operacional frente à cisão de empresas que se beneficiam dele.

Primeiramente, o Professor bem orienta que consoante o inciso III do Art. 33 da Lei 8.666/93, faz-se imponente aceitar a soma dos quantitativos apresentados pelos atestados de qualificação técnica de cada empresa consorciada – aludindo à interpretação analógica do tema.

admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, **o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação**, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;<sup>2</sup>

Há mais. O autor bem condiciona que a decisão do poder público no recebimento dos atestados técnico-operacionais deve ser tida a partir de um exame analógico, geral e, por fim, específico sobre o tema.

A lei de licitações busca aferir a capacitação técnica das empresas interessadas em contratar com o Poder Público como forma de proteção ao interesse coletivo buscado pela execução do próprio contrato. Por esta razão, não faz sentido fixar soluções artificiais para disciplinar a forma de aproveitamento de atestados.<sup>3</sup>

(...)

---

<sup>1</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho Arruda, SOUZA, Rodrigo Pagani de. OSATESTADOS TÉCNICOS NA LICITAÇÃO E O PROBLEMA DA CISÃO DE EMPRESAS.Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008.Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 04 de Outubro de 2010.

<sup>2</sup> Inciso III do Art. 33 da Lei 8.666/93.

<sup>3</sup> P. 12.

Ou seja, não será lícito ao administrador, mesmo no exame individual das situações, excluir por completo a aceitação de atestados emitidos em nome de empresa que tenha sido objeto de reestruturação societária, tampouco poderá automaticamente considerar a integralidade dos quantitativos contidos nos atestados, para cada uma das empresas (a empresa mãe e a nascida com a cisão) derivadas da reestruturação.<sup>4</sup>

(...)

Ninguém nega o caráter imaterial do atributo “capacidade operacional”, representado pelo acervo técnico de uma empresa (isto é, pelo conjunto de atestados comprovadores de experiência que em seu nome tenham sido expedidos). Isto, porém, não implica que ele seja indivisível, que o uso compartilhado dos efeitos que ele representa viole a sua própria essência. Muito ao contrário.<sup>5</sup>

Destarte, faz-se notório que, se possível o somatório de atestados técnicos para a comprovação de capacidade técnico-operacional quando da constituição do consórcio, bem como se legal a divisão dos quantitativos dos atestados técnicos tidos em nome de empresa cingida em favor das empresas novas, amostra-se completa e absolutamente escorreita a aceitação de atestado de capacidade técnica emitido em nome de consórcio, em benefício à empresa que dele fazia parte.

O tema posto não é pacífico, do mesmo modo que não os são, na totalidade, os temas críticos do Direito. De soslaio, procurou-se expor o assunto para diálogo e reflexão, alimentando o texto com brevíssimas confabulações que, certamente, merecerão melhor aprofundamento intelectual e acadêmico de cada operador da ciência jurídica.

**(\*) Luiz Fernando Cortelini Meister é Advogado, associado da Teixeira Filho Advogados Associados, de Joinville/SC. Membro da Comissão de Estudos Jurídicos e Legislativos da OAB/SC Subseção Joinville**

---

<sup>4</sup> P. 14.

<sup>5</sup> P. 16.