



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Denúncia n. 1.007.357

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Relator(a),

I RELATÓRIO

Versam os autos acerca da denúncia de f. 01/14, acompanhada dos documentos de f. 15/103, formulada pela sociedade empresária Penizolo & Veríssimo Ltda., a qual noticia supostas irregularidades na Concorrência Pública n. 01/2016, promovida pela Fundação municipal de Cultura, Lazer e Turismo de Congonhas, para contratação de serviços de manutenção, limpeza e conservação (f.183).

Por determinação do relator (f. 108), a unidade técnica desta Corte apresentou análise às f. 109/111.

Por determinação do relator (f. 112/112v.), os responsáveis encaminharam a este Tribunal a documentação de f. 117/707.

A unidade técnica deste Tribunal apresentou estudo às f. 710/712.

Às f. 713/713v., o relator indeferiu o pedido de suspensão do certame em comento, bem como juntou aos presentes autos a documentação de f. 714/718.

Após isso, vieram os autos ao Ministério Público de Contas.

É o relatório. Passo a me manifestar.

II FUNDAMENTAÇÃO

1 Oportunidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público de Contas

Necessário esclarecer que, em se tratando de manifestação preliminar, cumpre ao Ministério Público realizar análise quanto à necessidade de aditamento do feito e das eventuais inovações da unidade técnica, para, depois de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

oportunizado o contraditório, emitir, enfim, parecer conclusivo. É essa a sistemática introduzida pela Resolução n. 07/2009 da Corte de Contas.

Nesse sentido, cumulam-se às irregularidades tratadas no presente feito as seguintes.

1.1 Estabelecimento de data e horário únicos para que seja realizada a visita técnica

O edital em seu item 7.2.3, “f” (f. 186) estabelece data e horário únicos para que seja realizada a visita técnica dos locais onde serão executados os serviços, sendo que se encontra elencado dentre os documentos necessários para qualificação o atestado de visita técnica.

A exigência de comprovação de visita dos licitantes ao local onde as obrigações contratuais serão realizadas encontra seu fundamento no art. 30, III, da Lei n. 8.666/93. O seu objetivo primordial é permitir que os licitantes tenham ciência sobre as reais condições em que serão prestados os serviços ou feita a obra, de modo a aferirem se possuem condições para a execução contratual. Possibilita, com isso, que as propostas sejam formuladas de maneira mais realista e concreta, evitando futuras inexecuções contratuais.

Contudo, embora a exigência de visita técnica não seja intrinsecamente ilegal, a Administração não pode impor obrigações que restrinjam a competitividade do certame em sua realização. Em face disso, além de conceder um prazo mínimo de publicidade (art. 21 da Lei n. 8.666/93), também deve estipular um prazo razoável para a realização da visita, ainda que a sanção pela não participação do licitante seja a impossibilidade de alegar desconhecimento das informações pertinentes ao objeto, como previsto no edital no subitem “f.1”, f. 187.

Revela-se, portanto, abusiva a fixação de uma data única para que esta seja efetuada, a exemplo do que fez o edital em exame.

1.2 Exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem exigência de qualificação técnico-profissional



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

O instrumento convocatório ora examinado, ao elencar os requisitos para comprovação da qualificação técnica, no item 7.2.3 do edital (f. 186), trouxe a seguinte exigência: “atestado de Capacidade Técnica, comprovando a prestação de serviços anteriores, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, compatível, em termos de qualidade com o objeto da presente licitação”. Embora não reste expresso no transcrito item editalício, por seu contexto, é possível inferir que foi feita a exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem, no entanto, também ser requisitada a demonstração de qualificação técnico-profissional.

Inicialmente, é preciso diferenciar qualificação técnico-operacional de qualificação técnico-funcional. A esse respeito, ensina Marçal Justen Filho que:

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

Por outro lado, utiliza-se a expressão “qualificação técnica profissional” para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico contasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. [...] Veja-se que o profissional que é indicado como “responsável técnico” não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica. A responsabilidade técnica é a de uma pessoa física – que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia.

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública).¹

Importa destacar então que não há vedação à exigência de comprovação de capacitação técnico-operacional, a qual pode ser feita com fundamento no disposto no art. 30, II, da Lei n. 8.666/93. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado do STJ²:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE PORTE. EDITAL. REQUISITOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. POSSIBILIDADE.

1. As exigências tendentes a comprovar a capacitação técnica do interessado em contratar com o ente público devem ser concebidas dentro das nuances e particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de **rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.**

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 412.

² REsp 295.806/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 06/03/2006 p. 275



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

2. Em se tratando de licitação de serviços de engenharia de grande porte, não há por que cogitar de ilegalidade da norma editalícia que exige a comprovação de experiência anterior em obra similar à licitada, porquanto concebida com propósito de permitir à Administração Pública avaliar a capacidade técnica dos interessados em com ela contratar nos exatos termos do que prescreve a primeira parte do inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666/93: "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação [...]".

3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.

4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.

5. Recurso especial não-provido.

Ainda sobre o tema, convém destacar a seguinte lição de Marçal

Justen Filho³:

[...] Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnico-operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco o interesse público. A administração Pública poderá contratar sujeito sem a experiência necessária à execução de certo objeto contratual. [...]

Diante disso, deve-se adotar para o art. 30 interpretação conforme à Constituição. A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico-operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no § 5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências. [...]

Nem seria o caso de aplicar o § 5º, que proíbe exigências não autorizadas por lei. Interpretado o dispositivo de modo literal, ter-se-ia de convir com a ilegalidade da exigência de capacitação técnica operacional – tese, aliás, à qual o autor se filiou no passado. Admitindo-se, porém, que a lei admite exigências de capacitação técnica operacional, ter-se-á de convir que tal se dá através da previsão direta do próprio inc. II do art. 30. Ora, esse dispositivo explicitamente autoriza exigência anterior 'compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação'. Ou seja, o mesmo dispositivo que dá supedâneo à exigência de qualificação técnica operacional se refere a que deverá ele ser compatível em termos de quantidades, prazo e outras características essenciais ao objeto licitado.

Por seu turno, a comprovação de capacidade técnico-operacional sem a comprovação de capacidade técnico-profissional não se revela suficiente para demonstrar que uma sociedade é apta a executar as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto licitado. Isso porque um atestado de responsabilidade técnica fornecido em nome da empresa, por vezes, não espelhará a

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 9ª ed., p. 413.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

atual experiência do corpo profissional desta, até porque o responsável técnico pelos serviços descritos em determinado atestado pode não mais estar vinculado à licitante, a qual, em virtude disso, não demonstraria estar apta a participar do certame. Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

Como regra, ambos os ângulos do conceito “experiência anterior” são relevantes. Quando se trata de obras e serviços de engenharia, é muito comum a necessidade de comprovação de ambos os aspectos da experiência anterior. Ou seja, a Administração Pública somente disporá de um mínimo de segurança acerca da idoneidade do sujeito quando obtiver comprovação acerca desses dois ângulos da qualificação técnica. Não basta para a Administração dispor de informações de que uma certa empresa executou uma obra semelhante, no passado, se não existirem indicações de que esse licitante dispõe, em seus quadros permanentes, de um profissional experiente. Por outro lado, é insuficiente uma certa empresa dispor em seus quadros de profissionais experientes sem que ela própria tivesse no passado enfrentado o desafio de executar obra similar.⁴

Portanto, a cláusula editalícia em apreço não poderia exigir a comprovação de capacidade técnico-operacional sem a comprovação de capacidade técnico-profissional.

1.3 Exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância

A exigência trazida no item 7.2.3 do edital (f. 186) para fins de comprovação de qualificação técnica mostra-se ofensiva ao art. 30, § 5º, da Lei n. 8.666/93, bem como ao princípio da proporcionalidade, notadamente em seu sentido estrito. O referido dispositivo do edital, em seu subitem “c”, exige a apresentação de “Atestado de Capacidade Técnica, comprovando a prestação de serviços anteriores, [...], **compatível, em termos de qualidade com o objeto da presente licitação.**” [Grifos nossos].

De plano, resta evidente que a definição de “compatível, em termos de qualidade com o objeto da presente licitação” carece da precisão necessária para a efetivação do princípio do julgamento objetivo inscrito nos art. 3º, caput, e 45, caput, da Lei n. 8.666/93. Esse princípio impõe que todos os critérios de julgamento das

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 9ª ed., p. 414.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

propostas sejam claros, impessoais e objetivamente aferíveis, não sendo esse o caso dos autos.

Por sua vez, vale notar que a exigência de que as licitantes comprovem experiência anterior na realização de serviços compatíveis com o objeto da licitação encontra respaldo no art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Entretanto, tal comprovação apenas pode ser exigida relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo, nos termos do § 2º, do art. 30, da citada Lei.

Assim, cabe à Administração Pública definir as mencionadas parcelas. Essa escolha, porém, não pode ser feita arbitrariamente. Deve-se necessariamente identificar os serviços mais complexos e diferenciados do objeto licitado. Ademais, para fins de transparência e controle, a definição deve ser feita fundamentadamente. Confirmam-se, a propósito, as lições de Marçal Justen Filho:

O que se exige, no entanto, é que a identificação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo sejam explicitamente indicadas pela Administração, de modo motivado. Essa motivação, tal como exposto, comporta pleno controle externo, especialmente para verificar os efeitos nocivos à competição.⁵

Em virtude disso, conclui-se que a Administração Pública deveria ter motivado a definição das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado.

No entanto, o que se verifica no certame em exame é que todos os serviços licitados foram definidos como parcelas relevantes. Isso, evidentemente, torna letra morta o art. 30, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tornando irregular a exigência de atestado de capacidade técnica da forma como foi feita.

1.4 Ausência de justificativa para os índices financeiros adotados

Os índices contábeis fixados para comprovação de qualificação econômico-financeira no item 7.2.4, “c”, do edital, f. 187, não foram justificados por

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 417.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

meio de estudo que faça parte da fase interna do procedimento licitatório, fatos esses que contrariam o disposto no § 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Sobre a fixação de tais índices, Marçal Justen Filho leciona o seguinte:

O TCU vem manifestando orientação no sentido de evitar a consagração de exigências amplas, no tocante à qualificação econômico-financeira. Assim, há decisão no sentido de que apenas quando os índices do balanço patrimonial não forem iguais ou inferiores a 1, é que a licitante deverá comprovar que possui capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação

“São a Liquidez Geral (LG) e a Liquidez Corrente (LC) os índices utilizados pelo subitem 6.3 do edital (fl. 22) para a comprovação da boa situação financeira da proponente. Quanto maiores esses índices, melhor. Um índice de LG menor do que 1 demonstra que a empresa não tem recursos suficientes para pagar as suas dívidas, devendo gerá-los. Já um índice de LC menor do que 1 demonstra que a empresa não possui folga financeira a curto prazo. Se os dois índices forem maiores do que 1, a empresa estará financeiramente saudável... Nesse sentido, qualquer empresa de pequeno ou grande porte poderia participar da concorrência, independentemente de capital ou de patrimônio líquido mínimo, desde que tivesse os seus índices contábeis nos valores normalmente adotados para comprovar uma boa situação financeira.” (Acórdão nº 247/2003, Plenário, rel. Min. Marcos Vilaça)⁶

Por sua vez, importa destacar ser imprescindível que a Administração Pública fundamente o valor dos índices contábeis adotados para fins de comprovação de qualificação econômico-financeira. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

[...] a fixação de índices contábeis para fins de seleção das empresas participantes da concorrência deve fundamentar-se em estudo técnico aprofundado, que deverá constar do processo licitatório, nos termos do § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93.⁷
4. É vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. A adoção desses índices deve estar devidamente justificada no processo administrativo.⁸

2 Da citação

⁶ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12 ed. Ed. Dialética. 2008. São Paulo. p.445.

⁷ Acórdão n. 291/2007, Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira.

⁸ Acórdão n. 170/2007, Plenário. Relator: Valmir Campelo.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

Relembre-se, dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LIV, que *“ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. Estabelece ainda que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”* (inc. LV).

Assim, em homenagem às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, este Tribunal de Contas deve franquear aos responsáveis a oportunidade de oferecer defesa quanto às irregularidades objeto do presente feito.

III CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas **REQUER** o aditamento do presente feito, nos termos expostos na fundamentação desta manifestação, bem como a citação dos responsáveis para, caso queiram, apresentem defesa.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2017.

Maria Cecília Borges
Procuradora do Ministério Público / TCE-MG