

Processo n.º: 1.015.285
Natureza: Denúncia
Órgão: Prefeitura Municipal de Mercês
Denunciante: União Recicláveis Rio Novo Ltda.
Procurador: Roberto Thomaz da Silva Filho (OAB/MG 84.144-B)
Denunciados: Wanderlúcio Barbosa (Prefeito em exercício) e Janiclêia de Oliveira Lima (Pregoeira)

À Secretaria da Primeira Câmara,

Tratam os autos de denúncia, com pedido liminar, formulada pela União Recicláveis Rio Novo Ltda. em face do Pregão Presencial n.º 035/2017, Processo Licitatório n.º 051/2017, da Prefeitura Municipal de Mercês, cujo objeto é “contratação de empresa para prestação de serviço de destinação final de resíduos sólidos classe IIA, conforme especificações constantes do anexo I – Termo de Referência, parte integrante deste edital.” (grifos no original), fl. 23.

Argumenta a denunciante que, no edital, reproduzido às fls. 23/51, constam as seguintes irregularidades:

- 1) incompatibilidade dos serviços contratados com a modalidade de licitação utilizada (pregão presencial);
- 2) ausência de informações relevantes para a estruturação das propostas;
- 3) exigência de vínculo trabalhista ou societário do detentor dos atestados de capacidade técnica com a empresa licitante.

Cumpre destacar que esta denúncia deu entrada em meu gabinete, pela primeira vez, em 23/6/17. Em despacho inicial, fl. 56, antes de analisar o pedido liminar, por cautela, determinei a intimação dos denunciados para oitiva.

Os responsáveis apresentaram petição e documentos relativos às fases interna e externa do certame, demonstrando sua homologação, fls. 63/337.

Após esse breve relato, passo à análise do pedido liminar.

1. Da suposta incompatibilidade dos serviços contratados com a modalidade de licitação utilizada (Pregão Presencial).

A denunciante alega que a contratação dos serviços de coleta de lixo, dada sua especialidade, não poderia ser licitada por meio de pregão, por não se enquadrar na definição de “serviços comuns”, contida no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/02.

Em análise preliminar, considero cabível a modalidade pregão para serviços de engenharia, como são os serviços de coleta de lixo, tendo o Tribunal de Contas da União, inclusive, sumulado o tema:

Súmula n.º 257/2010 – O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n.º 10.520/2002.

Importante frisar que “serviço comum” não é oposto de “serviço complexo”, conforme decidido no Processo n.º 020.118/2012-0, do Tribunal de Contas da União, de Relatoria da Ministra Ana Arraes:

“Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela Fortnort Desenvolvimento Ambiental e Urbano Ltda. (fls. 1/22), nos termos no art. 113, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 1993, acerca de possíveis irregularidades na Concorrência Pública n.º 06/2010, promovida pela Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), que tem como objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços de coleta seletiva containerizada, reciclagem, compostagem, transbordo, transporte e destinação final de resíduos provenientes das áreas de operação e comercialização de produtos situados dentro do Entrepósito Terminal de São Paulo, cujo valor global orçado é de R\$ 58.591.772,40 (fls 46 e 60).

[...]

Não podemos olvidar, por outro lado, que a jurisprudência desta Corte vem se perfilando no sentido da aplicação plena do art. 4º Decreto nº 5.450/2005, isto é, exigindo a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns e, além disso, vem reconhecendo uma larga abrangência ao termo “bens e serviços comuns”(…): **De outra parte, comungo com a**

unidade técnica que o objeto licitado amolda-se perfeitamente ao conceito de bens e serviços comuns da Lei n.º 10.520, de 2002, e do Decreto n.º 5.450, de 2005, devendo, pois, ser obrigatoriamente licitado por meio da modalidade pregão, conforme a jurisprudência do Tribunal sobre o tema, a exemplo do recente Acórdão 265/2010 –Plenário. Convém esclarecer, como bem fez o Auditor Augusto Sherman Cavalcanti em Declaração de Voto apresentada quando da prolação do Acórdão 237/2009-Plenário, que "bem e serviço comum" não é oposto de "bem e serviço complexo", podendo-se, assim, dizer que são conciliáveis, não se contrapondo. Disse Sua Excelência: "Bens e serviços comuns, segundo o art. 1º, § 1º, da Lei 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Isto é, são aqueles que podem ser especificados a partir de características (de desempenho e qualidade) que estejam comumente disponibilizadas no mercado pelos fornecedores, não importando se tais características são complexas, ou não." (g.n.)

Esta Corte de Contas também se manifestou nesse sentido em resposta à Consulta n.º 732.557, de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, em sessão do Pleno no dia 11/6/08:

"A Lei n.º 10.520/02 poderá ser regulamentada no âmbito dos municípios por meio de decreto, o qual estabelecerá procedimentos específicos e suplementará eventuais lacunas, mormente no que tange ao modo de operacionalização do pregão eletrônico, bem como adotará o rol de bens e serviços comuns existentes ou criará outro desde que condizentes com a aludida lei federal [...]. **O decreto regulamentar do pregão, na órbita municipal, poderá prever a adoção da modalidade pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória**". (g.n.).

A título ilustrativo, no Decreto Estadual n.º 44.786/08, admite-se expressamente a contratação de serviços de engenharia que exijam registro no CREA por meio de pregão, veja-se:

“Art. 3º Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços comuns é feita por meio de proposta escrita, permitindo-se aos licitantes a alteração dos preços por meio de lances verbais ou eletrônicos, em sessão pública.

§ 1º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no objeto do edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado, tais como os exemplificados no Anexo.

§ 2º Atendido o disposto no § 1º, o pregão poderá ser utilizado:

I - nas contratações de **serviço de engenharia comum, mesmo que se exija profissional registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA para execução;**” (g.n.).

Compulsando o termo de referência contido no instrumento convocatório, fls. 35/36, verifiquei que os serviços licitados estão adequadamente definidos e detalhados e configuram serviços comuns, tornando possível a opção pela modalidade pregão.

2. Exigência de vínculo trabalhista ou societário do detentor dos atestados de capacidade técnica com a empresa licitante (item 6.2.2, “j”, editalício, fl. 26).

Alega a denunciante a ilegalidade de exigir apenas vínculo empregatício ou societário dos responsáveis técnicos das empresas licitantes.

Os denunciados informaram, fl.64, que há permissão editalícia para a comprovação do vínculo entre o responsável técnico e a empresa licitante de diversas formas e não apenas por meio de emprego (CLT), tendo sido atendida a orientação dos Tribunais.

A jurisprudência deste Tribunal de Contas e do Tribunal de Contas da União recomenda que, no edital, admita-se também contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil, visando evitar restrições à competitividade.

Cite-se, nesse sentido, a Denúncia n.º 875.345, de relatoria do Conselheiro Mauri Torres, *in verbis*:

“[...] edital contém diversas irregularidades e ilegalidades que comprometem a lisura do certame e impedem o seu prosseguimento [...] a exigência de que os profissionais possuam vínculo empregatício com a empresa licitante está em desconformidade com o art. 30, II, da Lei n. 8.666/93, que determina tão somente a indicação da disponibilidade do pessoal técnico e equipamentos, a serem apresentados em momento oportuno. [...] cumpre destacar que a Lei n. 8.666/93, em seu art. 30, § 1º, I, autoriza a exigência editalícia de que as sociedades participantes do certame comprovem possuir, em seus quadros permanentes, profissional de nível superior ou equivalente na qualidade de responsável técnico. No entanto, deixou de definir o conceito de “quadros permanentes”, o que ficou a cargo da doutrina e jurisprudência. [...] esta Corte de Contas em diversas assentadas tem decidido no sentido de ser restritiva a exigência de vínculo empregatício com a empresa licitante para comprovação de capacitação técnico-profissional, conforme destaco a seguir: [...] considero que a exigência constante do item [...] do edital, de que a capacidade técnico-profissional seja comprovada por meio de profissional com vínculo empregatício com a empresa licitante, é restritiva ao caráter competitivo da licitação contrariando o art. 3º, *caput*, §1º, I e o art. 30, §5º, da Lei n. 8666/93.” (Denúncia n. 875.345. Rel. Conselheiro Mauri Torres. Sessão do dia 10/05/12).

Cumpre transcrever a disposição editalícia em comento, fls. 25/26,

verbis:

“6.2.2 – Regularidade Fiscal e Qualificação Econômica e Financeira:

[...]

j) Comprovação de vínculo entre a licitante e o profissional por ela indicado como Responsável Técnico – RT far-se-á através de apresentação de, pelo menos, 01 (um) dos seguintes documentos:

- ❖ Anotações da CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social ou;
- ❖ Cópia da ficha de registro de empregados ou;

- ❖ Cópia da folha do livro de registro de empregados devidamente registrado no Ministério do Trabalho ou;
- ❖ Cópia do contrato de prestação de serviços CLT ou;
- ❖ Cópia do contrato social ou da última alteração contratual, em caso de sócio diretor, ou presidente da licitante, devidamente registrado na Junta Comercial ou no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, no qual conste o nome do Responsável Técnico – RT”.

Assim, nos termos editalícios, é indiscutível que o responsável técnico pode possuir os seguintes vínculos com a licitante: empregatício ou societário, sendo a admissão de contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil passível de dúvida, pois constou a expressão “CLT” em seguida a “contrato de prestação de serviços”, questão a ser analisada mais detidamente em momento oportuno, após a intrusão processual.

3. Da alegada ausência de informações relevantes para a estruturação das propostas.

A denunciante destaca omissões no instrumento convocatório, especialmente acerca das balanças a serem utilizadas, do processamento em estação de transbordo, da quantidade de lixo a ser recolhida durante o período contratual, da planilha de custos e expectativa das receitas, o que prejudica a formulação das propostas.

Os denunciados, por outro lado, alegam que as informações contidas no edital esgotam todas as informações, condições e aspectos necessários.

Em exame não exauriente, verifiquei que, na cláusula 7.6 do termo de referência, fl. 120, previu-se uma média de coleta de resíduos de 120 toneladas/mês e na cláusula 5, estipulou-se 10.000 toneladas. Na fase interna, também constatei referida divergência, pois, na pesquisa de preços realizada pela Prefeitura Municipal de Mercês, acostada às fls. 85/93, quantificou-se os serviços

de coletas de resíduos em 120 toneladas/mês, não obstante, na planilha de preços referenciais de fl. 94, indicou-se o total de 10.000 toneladas.

Inclusive, a empresa Vital Engenharia Ambiental S/A, única participante da licitação, conforme Ata de Julgamento de fls. 325/326, formulou questionamento sobre o tema, fls. 143/144, tendo a Administração Municipal se limitado a informar, fls. 145/146, que o valor a ser considerado é 10.000 toneladas, pois a quantia de 120 toneladas/mês é simples estimativa, *verbis*:

“1 – Diante dos fatos, informo que o quantitativo a ser considerado deverá ser o do item 5 – descrição dos serviços, com a quantidade de 10.000 (dez mil toneladas). O item 7.6 é informativo, pois o processo é baseado em destinação final por Tonelada, onde pode sofrer alterações no decorrer do contrato.”

Ora, multiplicando-se 120 toneladas/mês por 12 meses por ano, obtem-se 1.440 toneladas anuais. De modo semelhante, dividindo-se 10.000 toneladas estimadas no todo por 12 meses, tem-se 833,33 toneladas/mês. Assim, em princípio, ainda que os valores sejam estimados e sujeitos a alteração após a devida pesagem, considero a discrepância demasiadamente significativa para ser ignorada.

Ademais, mesmo que, para argumentar, se considerasse o total de 10.000 toneladas como o quantitativo estimado para o prazo de 60 (sessenta) meses, período de possível duração contratual após eventuais prorrogações, conforme sugerido pela empresa licitante às fls. 143/144, o valor estimado mensal continuaria discrepante, pois seria o equivalente a 166,66 toneladas/mês.

Destaco que a proposta declarada vencedora, da empresa Vital Engenharia Ambiental S.A., de R\$800.000,00, fl. 376, valor, aliás, vultoso para um Município de pequeno porte como Mercês, baseou-se na estimativa de 10.000 toneladas, conforme planilha de fl. 335 e termos de adjudicação e homologação de fls. 336 e 337.

Ressalto ainda que, na ata de registro de preços anterior, fls. 70/77, previu-se o total de 110 toneladas/mês, no valor total anual de R\$273.686,64.

Assim, no respectivo certame, a estimativa utilizada foi 110 toneladas/mês, equivalente a 1.320 toneladas no total (e não 10.000). Apesar de se tratar de registro de preços, em análise perfunctória, não há motivo aparente para referido acréscimo exacerbado do quantitativo estimado, de uma licitação para a outra, o que pode ter ocasionado embaraço para a formulação de propostas e restrição da competitividade. Frise-se, apenas uma empresa participou do certame.

Portanto, *in casu*, em face do indício de restrição à competitividade, consubstanciado na imprecisão do quantitativo de serviços a serem prestados, falha grave, entendo que seria o caso de se promover a suspensão do certame.

Ressalto, contudo, que na documentação de fls. 66/337, consta, como último andamento do Pregão Presencial n.º 35/2017, sua homologação, datada de 23/6/17, dia seguinte à data do protocolo da inicial da denúncia. Além disso, em pesquisa na rede mundial de computadores, pude averiguar, por meio do Portal da Transparência da Prefeitura Municipal de Mercês, <publicacao.pm-merces.siplanweb.com.br/contas-publicas/documento/71>, a publicação da Ata de Registro de Preços, também com data de 23/6/17.

A teor do art. 60 da Lei Complementar Estadual n.º 102/08, este Tribunal de Contas somente poderá suspender licitações até a data da assinatura do respectivo contrato:

“Art. 60. O Tribunal poderá suspender, de ofício ou a pedido, liminarmente, o procedimento licitatório, até a data da assinatura do respectivo contrato ou da entrega do bem ou do serviço, caso sejam constatadas ilegalidades, observando-se, no que couber, o disposto no Capítulo II do Título IV desta Lei Complementar”.

Assim também, no art. 267 do Regimento Interno, dispõe-se sobre o limite temporal para a concessão de medida cautelar em procedimentos licitatórios:

“Art. 267. No exercício da fiscalização dos procedimentos licitatórios, o Tribunal, de ofício ou por meio de denúncia ou representação, poderá

suspendê-los, mediante decisão fundamentada, em qualquer fase, até a data da assinatura do respectivo contrato ou da entrega do bem ou do serviço, se houver fundado receio de grave lesão ao erário, fraude ou risco de ineficácia da decisão de mérito”.

Conforme jurisprudência desta Corte de Contas, a formalização de ata de registro de preços já impossibilita medida cautelar, a teor da decisão proferida no Agravo n.º 958.319, de minha relatoria:

“Nas licitações para registro de preço, seja na modalidade pregão, seja na modalidade concorrência, os atos relacionados à formalização e à adesão da ata de registro de preços estão inseridos no procedimento administrativo que antecede a celebração do contrato, pondo termo à fase de competição. No caso em exame, a partir da cronologia dos atos administrativos evidenciados, no momento em que foi concedida a ordem de suspensão pelo Tribunal, ficou comprovado que o processo licitatório denunciado já havia sido encerrado pela Administração e que a execução do objeto havia sido iniciada, conforme se infere das cópias das ordens de fornecimento e de prestação de serviço, juntadas nestes autos, o que, a meu juízo, constitui obstáculo para que esta Corte determine, como medida acautelatória, a suspensão do certame. Cumpre assentar, todavia, que o exame da legalidade do edital do Pregão Presencial n.º 024/2015 e, por conseguinte, dos ajustes dele advindos permanece inserido no rol de competências do Tribunal, que, no momento processual oportuno, irá se manifestar pela regularidade ou irregularidade do ato fiscalizado, devendo ser observadas as garantias do devido processo legal”.

Portanto, constatada a realização da Ata de Registro de Preços, não vislumbro a possibilidade de deferimento do pedido liminar *in casu*. Ressalto, nesse tocante, que a empresa denunciante União Recicláveis Rio Novo Ltda. protocolizou a exordial no dia 22/6/17, às 18:23hs, ao passo que a sessão de julgamento das propostas ocorreu no dia subsequente, 23/6/17, data em que foi formalizada a Ata de Registro de Preços, conforme documentação ora juntada. Assim, constata-se que o ajuizamento tardio da denúncia impossibilitou o provimento do pedido liminar no tempo oportuno.

Destaco, ainda, que, na hipótese de, após a instrução processual, ser evidenciada a restrição na competitividade do certame, os responsáveis poderão ser sancionados com pena máxima, em razão da gravidade da falha (art. 70, VIII, da Constituição da República), sem prejuízo da competência de “**assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade**” (inteligência do inciso IX do art. 71 da Carta Magna).

Intimem-se a denunciante, por meio de seu procurador, e os denunciados, via e-mail e D.O.C., deste despacho.

Por fim, à luz do disposto no art. 31 da Constituição Federal e nos arts. 62, XXXI, e 176 da Constituição do Estado de Minas Gerais, cientifique-se o Presidente da Câmara Municipal, do Município de Mercês, do inteiro teor deste despacho.

Após, remetam-se os autos ao órgão técnico para análise e, posteriormente, ao Ministério Público junto a este Tribunal para pronunciamento.

Tribunal de Contas, em 13/7/17.

HAMILTON COELHO
Relator