

AUTOS DO PROCESSO Nº 1024.238 – 2017

1 - IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de denúncia, com pedido liminar, formulada por Rodrigo Araújo Ferreira em face da Tomada de Preço n.º 002/2017, PRC 134/2017, do Município de Mariana, cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para a execução de restauração da cobertura e da estrutura autônoma de madeira do imóvel destinado à instalação da casa de cultura de Furquim e sede da corporação musical do distrito de Furquim, Município de Mariana, fl. 14.

A Denúncia deu entrada neste Tribunal em 30/08/2017, sendo que a abertura das propostas estava prevista para ocorrer no dia 24/08/2017 às 08:45hs.

2 – RELATÓRIO

Recebida a documentação de fls.01/40, o Exmo. Conselheiro Vice-Presidente, Mauri Torres, em despacho de fl.43, determinou sua autuação como Denúncia e a sua distribuição, nos termos do *caput* do artigo 305 da Resolução n. 12/2008.

Os autos foram distribuídos ao Conselheiro-Substituto Hamilton Coelho, fl. 44, que, em despacho de fl. 45, determinou:

Com a urgência que o caso requer, para fins de instrução do juízo acerca do pedido de suspensão liminar da Tomada de Preços n.º 002/2017, intimem-se o Prefeito Duarte Eustáquio Gonçalves Júnior e Presidente da Comissão de Licitação Marlon Paulo Figueiredo Silva, da Prefeitura de Mariana, via e-mail ou fac-símile e DOC, para oitiva prévia acerca da denúncia, em até 02 (dois) dias, remetendo-se cópia da exordial de fls. 01/09.

Informe-se que deverão ser acostados documentos relativos às fases interna e externa do procedimento, e que a formação do juízo liminar só será concluída após o transcurso do prazo de oitiva prévia ora fixado.

(...)

Os interessados foram intimados, conforme fl. 46/48, tendo encaminhado os documentos de fls. 50/1149.

Os autos retornaram ao gabinete do Relator, Conselheiro-Substituto Hamilton Coelho, o qual, à fl. 1151, indeferiu o pedido liminar nos seguintes termos:

(...)

Em sede de cognição sumária, independentemente de possível conflito de normas emitidas pelos conselhos profissionais envolvidos, entendo cabalmente justificada pela Prefeitura a exigência contida no item 7.2.2. editalício (fls.14/22). Dessa forma, vislumbro razoável a obrigatoriedade de atuação de engenheiro e arquiteto durante a execução do serviço, tendo em vista a importância do desempenho das atribuições de cada profissional.

Com efeito, por se tratar de objeto complexo, isto é, restauração de Casarão de valor histórico e cultural para o Município, que se encontra em condições precárias de conservação, consoante demonstrado nas fotografias de fls. 537/576, no memorial descritivo de fls.514/521 e no termo de referência de fls. 522/527, maior cautela é necessária.

Ademais, a exigência da presença do arquiteto, além do engenheiro, na execução dos serviços foi devidamente justificada em parecer da Procuradoria do Município, fls. 943/946.

Quanto à forma de cômputo do prazo para impugnação do instrumento convocatório, em princípio, verifica-se que a Administração Municipal interpretou erroneamente o estabelecido no art. 110 da Lei n.º 8.666/93. Contudo, tal fato não é suficiente de justificar, por si só, a suspensão do certame licitatório, posto que a irregularidade pela qual se insurgiu o impugnante foi afastada nesse exame liminar. De todo modo, a matéria será pormenorizadamente analisada após a devida instrução processual, sendo passível de aplicação de sanção.

Por todo o exposto, indefiro o pedido liminar. Ressalto, contudo, que este Tribunal de Contas poderá determinar a suspensão dos procedimentos licitatórios em qualquer fase até a data da assinatura do respectivo contrato, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica e do art. 267 do Regimento Interno.

Intimem-se o denunciante e os denunciados, via D.O.C. e e-mail, deste despacho.

Após, remetam-se os autos ao órgão técnico para análise e, posteriormente, ao Ministério Público junto a este Tribunal para manifestação preliminar, conforme disposto no § 3º do art. 61 do Regimento Interno.

Os autos retornaram a esta Coordenadoria para análise, conforme despacho do Relator, fl. 1153.

Assim, passa-se à análise da documentação acostada aos autos em face da denúncia.

3 – DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS

- Justificativas apresentadas pelos Srs. Duarte Eustáquio Gonçalves Júnior, Prefeito Municipal de Mariana, e Marlon Paulo Figueiredo Silva, Secretário Municipal de Planejamento e Gestão e Presidente da CPL, fls. 50/63;

- Cópia da sentença prolatada nos autos do Processo n. 0400.16.004301-6, fls. 64/67;
- Documentos da empresa Designer Serralheria e Construções LTDA – ME, fls. 68/181;
- Ata da reunião de abertura dos envelopes de habilitação, fls. 183/186;
- 6 empresas participaram da licitação:
 - Designer Serralheria e Construções Ltda ME;
 - Minas Construções e Restauração EIRELI-ME;
 - GERMEC Construções Ltda – EPP;
 - AGD Construtora Ltda;
 - Diminas Construções EIRELI;
 - DAUSTRIA Engenharia e Comércio Ltda;
- Recursos fls. 190/192;
- Documentação das empresas
 - Minas Construções e Restauração EIRELI-ME, fls. 193/288;
 - DAUSTRIA Engenharia e Comércio Ltda, fls. 289/356;
 - GERMEC Construções Ltda – EPP, fls. 357/429;
 - AGD Construtora Ltda, fls. 430/491
 - Diminas Construções EIRELI, fls. 689/764.
- Minuta do edital, fls. 493/586;
- Pareceres da Procuradoria Geral do Município pelo regular prosseguimento do procedimento licitatório, datados de: 08/08/2017, fls. 587/588, e de 19/07/2017, fls. 1140/1141;
- Publicação do aviso do edital no Minas Gerais de 09/08/2017, fls. 589, e 20/07/2017, fls. 1142;
- Decreto n. 8951/2017 abrindo crédito suplementar para reforço de dotações orçamentárias, fls. 590;
- Publicação do aviso de licitação no Diário Oficial de Mariana, fl. 591 e fl. 1144;
- Esclarecimento sobre a TP2/2017, fl. 593/594;
- Impugnação do edital pela empresa Restaurare Construtora Ltda EPP, fls. 595/596;
- Parecer da Procuradoria Geral do Município pela improcedência da impugnação da empresa Restaurare Construtora Ltda EPP, fl. 597602;

- Impugnação do edital pela empresa Daustria Engenharia e Comércio Ltda - EPP, fl. 603/614;
- Parecer da Procuradoria Geral do Município pelo não conhecimento da impugnação eis que intempestiva, fl. 615/618 (documento sem assinatura);
- Parecer do Ministério Público da Comarca de Mariana sobre o Mandato de Segurança impetrado pela Construtora D'Austria Engenharia e Comercio Ltda. EPP, fls. 622/626 e fl. 682/688;
- Documentação de credenciamento:
 - AGD Construtora Ltda., fls. 646/651;
 - DAUSTRIA Engenharia e Comércio Ltda, fls. 652/659;
 - Designer Serralheria e Construções Ltda ME, fls. 660/668;
 - MCR - Minas Construções e Restauração EIRELI-ME, fls. 669/681
- Planilhas – valor total estimado de R\$267.384,90, fls. 766/772 e fl. 774/778;
- Cronograma Físico – Financeiro, fl. 773 e 779;
- Composição do BDI, fls. 780;
- Termo de Referência, fls. 781/835;
- Memorial Descritivo, fls. 836/849;
- Disponibilidade Orçamentária, fls. 850/851 e fl. 854;
- Abertura do Processo Licitatório, fls. 852/854 e 1042/1046;
- Portaria de nomeação da Comissão de Licitação, fl. 855 e 1047;
- Edital, fl. 857/1041 e fl. 1049/1139;
- Comunicado de suspensão da Tomada de Preço n. 002/17, fl. 1148/1149;

Passa-se ao exame dos pontos denunciados:

4 - DA DENÚNCIA

4.1 – descumprimento, por parte da Prefeitura de Mariana, dos artigos 41, §2º e 110, ambos da Lei n. 8666/93

Alega o denunciante, fls. 02, que impugnou os termos editalícios dentro do prazo previsto na Lei n.º 8.666/93, tendo a Administração, contudo, não conhecido de sua impugnação sob o argumento de intempestividade.

O denunciante alega que a Lei n. 8666/93, em seu art. 41, §2º, apresenta os casos da contagem do prazo para elaborar a impugnação do edital por parte dos licitantes e por pessoas físicas. Afirma que, contando-se o prazo conforme disposto na Lei n. 8666/93, “o último dia para se apresentar a impugnação seria no dia 22/08/2017”, que é “o segundo dia antes da abertura da sessão”. Afirma que, “segundo parecer apresentado pela Comissão de Licitação, o prazo seria até o dia 21/08/2017”.

Por fim, requer a suspensão do certame em razão de ter impugnado o edital em tempo hábil, entretanto, a Administração não analisou sua impugnação por entender que a mesma o fez fora do prazo.

ANÁLISE

Na justificativa de fls. 50/60, consta que a sessão estava prevista para o dia 24/08/2017 (quinta-feira), sendo o primeiro dia útil da contagem regressiva o dia 23/08/2017 (quarta-feira), o segundo o dia 22/08/2017 (terça-feira) e, por conseguinte, o último dia da impugnação o dia 21/08/2017 (segunda-feira). Para respaldar o entendimento da Administração, foi citado os escólios de Ulisses Jacoby Fernandes, bem como julgado desta Corte de Contas (Denúncia n. 837.377).

O item 21.10 do edital, fl. 1058, assim estabelece:

21.10 DA IMPUGNAÇÃO

Até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento dos envelopes, qualquer interessado poderá solicitar impugnação do ato convocatório.

Não serão aceitos/reconhecidos as impugnações enviadas por fax, e-mail e/ou intempestivos.

O art. art. 41, §2º da Lei n. 8666/93, assim dispõe:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, **devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação**, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113. (g.n.)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração **o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação** em concorrência, **a abertura dos**

envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (g.n.)

O art. 110 da Lei n. 8666/93, assim estabelece:

Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. (g.n.)

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

O edital, no subitem 21.10, fl. 1058, estabelece o prazo para a impugnação do ato convocatório até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento dos envelopes.

A Procuradoria do Município assim se manifestou, às fls. 617:

No presente caso, como a sessão está designada para o dia 24/08/2017 (quinta feira) e considerando as disposições legais, doutrinárias e jurisprudenciais existentes, tem-se que o primeiro dia útil da contagem regressiva é 23/08/2017 (quarta feira), o segundo é 22/08/2017 (terça feira). Portanto, até 21/08/2017 (segunda feira) D'AUSTRIA ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. e qualquer outro licitante poderiam impugnar o Edital.

Em termos práticos, a insurgência da impugnante ao protocolizar seu pedido em 22/08/2017 (terça feira), às 16.47 horas não obedece as disposições legais. Obviamente a **Comissão Permanente de Licitação (CPL)** necessitaria de prazo para análise do pleito (no mínimo 24 horas) e, assim sendo, caso entendesse como pertinentes as alegações autorais, teria que suspender o feito, realizar a respectiva publicação e comunicar os interessados. Como o provável prazo de resposta se findaria em 23/08/2017 (quarta feira), não haveria tempo hábil para a tomada de providências necessárias em razão da Sessão estar designada para o dia 24/08/2017 (quinta feira), às 08h45min. Também, a legislação, a doutrina e a jurisprudência utilizam a expressão “em até dois dias antes” e não “em até um dia e meio antes”, como tenta fazer crer a Impugnante.

Fundamentou sua decisão pelo não conhecimento da impugnação (por ser intempestiva) no julgamento da Denúncia n. 837377 do TCEMG, que contém entendimento similar sobre a contagem regressiva de prazos.

DENÚNCIA N. 837377

(...)

RELATOR: Conselheiro Mauri Torres

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDÊNCIA PARCIAL – ARQUIVAMENTO.

(...)

Análise

Antes de analisar o apontamento ministerial relativo à falta de clareza na redação do edital, faz-se necessário transcrever o item 3.5.1 do edital: “*A visita técnica ocorrerá simultaneamente para todos os interessados em participar desta licitação, 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para o encaminhamento da proposta comercial, às 15:00 horas [...]*”.

A Unidade Técnica, no reexame às fls. 406 a 419, concluiu que

O edital, ao dispor em seu item 3.5.1 sobre a visita técnica obrigatória junto à SEF/MG, estabeleceu que a mesma ocorreria “simultaneamente para todos os interessados em participar da licitação 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para o encaminhamento da proposta comercial, às 15:00 horas, na DGAP/Divisão de Educação Fiscal” (fl. 04 e 143).

Nos termos do item 1.2 do instrumento editalício (fl. 142), as propostas comerciais poderiam ser enviadas após a disponibilização do Edital até a data e horário marcados para a abertura da sessão. Como esta ocorreu no dia 30/06/2010 (quarta-feira), às 09:30 horas (fl. 31, 173, 182, 197 e 203) - e considerando a regra impressa no caput e no Parágrafo único do art. 110 da Lei 8.666/93, que determina a exclusão do dia do início e a inclusão do dia do vencimento na contagem dos prazos, cujo início e vencimento ocorrem somente em dia de expediente no órgão ou na entidade - tem-se o dia 25/06/2010 e não o dia 28/06/2010 como data estabelecida para a visita técnica. (destaquei)

Assim, em consonância com a análise técnica, considero que não ocorreu irregularidade no edital com relação à marcação da visita técnica. Contudo, coadunado da preocupação do *Parquet* e considero que deve ser emitida recomendação ao atual gestor para que em futuras contratações sejam especificado no edital os dias exatos das visitas técnicas.

Outro não é o entendimento de Jair Eduardo Santana¹, a conferir:

Demonstremos a situação como segue, de modo hipotético, imaginando um calendário qualquer, onde o dia 27 (sexta-feira) seja o dia da sessão do prego. Se pensarmos em *impugnação* (prazo de 2 dias úteis), o prazo para sua apresentação será o dia 24, terça-feira. Pelas regras já citadas, exclui-se o dia do evento (dia do início da contagem que, no caso, é inversa como dissemos). Os dois dias úteis são, de consequência, 26 e 25. E por certo que tais dias devem ser contados *em dias integrais*. Então, o prazo fatal para impugnar será o ultimo instante do expediente do dia 24. (sic)

Isso posto, com relação ao cômputo do prazo para impugnação do instrumento convocatório, esta Unidade Técnica entende que, estando a data fixada para a abertura dos envelopes marcada para o dia 24/08/2017 (quinta feira) e considerando a regra impressa no *caput* e no parágrafo único do art. 110 da Lei 8.666/93, que determina a exclusão do dia do

¹ *In Pregão Presencial e Eletrônico, Sistema de Registro de Preços – Manual de Implantação, Operacionalização e Controle. 3ª ed. revista e atualizada, nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar nº 123/06) – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 264.*

início e a inclusão do dia do vencimento na contagem dos prazos (cujo início e vencimento ocorrem somente em dia de expediente no órgão ou na entidade), o primeiro dia útil da contagem regressiva é 23/08/2017 (quarta feira), o segundo é 22/08/2017 (terça feira).

Portanto, conforme previsto no item 21.10 do edital, fl. 1058, até o final do expediente do dia 21/08/2017, segunda feira, D'AUSTRIA ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. ou qualquer outro interessado poderia impugnar o Edital.

Considerando que o Sr. Rodrigo Araújo Ferreira apresentou impugnação no dia 22/08/2017, às 16:47 horas, fl. 603/608, esta Unidade Técnica entende pela intempestividade da denúncia, em conformidade com o entendimento proferido nos autos da Denúncia n. 837377 do TCEMG. Logo, a denúncia é improcedente quanto à alegação de descumprimento, por parte da Prefeitura de Mariana, dos artigos 41, §2º e 110, ambos da Lei n. 8666/93.

Todavia, esta Unidade Técnica visualiza irregularidade no citado item 21.10 do edital, que dispõe que “Não serão aceitos/reconhecidos as impugnações enviadas por fax, e-mail e/ou intempestivos”.

Depreende-se que o instrumento convocatório foi claro ao estabelecer, no tocante às impugnações ao edital, que os apelos deveriam ser protocolizados no setor competente, sendo vedada qualquer impugnação via fax ou correio eletrônico (e-mail).

Entende este Órgão Técnico que limitar apenas ao meio presencial a possibilidade de oferecer impugnação ao edital constitui restrição aos princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República (1988), a conferir:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Nessa vertente, cumpre colacionar o entendimento do Exmo. Conselheiro José Alves Viana, nos autos do processo de n.º 1024.701:

b) Exigência de impugnação presencial do ato convocatório

Igualmente, o Edital apresenta incontestável vício, no que tange ao exercício da ampla defesa e à livre concorrência, conforme se observa no item 8, que trata da Impugnação do Ato Convocatório:

(...)

8.1 Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital de licitação por irregularidade, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, nos termos da Lei 8.666/93.

(...)

8.1.3 A petição de impugnação e/ou pedido de esclarecimento deverá ser dirigida ao Pregoeiro e protocolada no Setor Competente. Não será aceito remessa via fax ou correio eletrônico (E-mail) (grifos nossos)

Não há qualquer justificativa para que a petição de impugnação/pedido de esclarecimento não seja aceite por meio eletrônico. A forma disposta no edital, que restringe a apresentação de defesa ao protocolo do pedido fisicamente, em secretaria, acaba por inviabilizar ilegalmente a participação de interessados que possuem sede em outros municípios ou estados.

Embora silente no Decreto n. 2.322/2007, que regulamenta o Pregão no âmbito do Município de Patrocínio, não há qualquer óbice para a aceitação de recursos e impugnações por via eletrônica, sendo tal medida a que mais se enquadra nos princípios e regras que regulamentam as aquisições públicas. Conforme dispõe a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União:

(...)

Vale acrescentar que não se defende aqui a tese de que o meio eletrônico seja o único modo de veiculação de impugnações e esclarecimentos, haja vista que tal meio pode coexistir perfeitamente com a forma tradicional. Doutrina abalizada entende que o regulamento em foco não estabelece regras formais sobre o modo de encaminhamento da impugnação e que o direito de petição do particular poderá ser exercido por qualquer via, não obrigatoriamente apenas pela Internet, não podendo a Administração se recusar a receber impugnação formulada por escrito de forma tempestiva (Marçal Justen Filho, Pregão, 4ª ed., Dialética, 2005, p. 277). Acórdão 2632/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator).

Sendo assim, esta Unidade Técnica entende pela irregularidade do edital quanto à vedação de impugnação via fax ou correio eletrônico (e-mail), prevista no subitem 21.10 do edital, fl. 1058.

4.2 – Exigência prevista no subitem 7.2.2 do edital, fl. 1051, de que as licitantes possuíssem registro tanto no Conselho Regional de Engenharia (CREA), quanto no Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU), considerada irregular pela denunciante.

O denunciante alega irregularidade na exigência, prevista no subitem 7.2.2 do edital, de registro da empresa e dos responsáveis técnicos tanto no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) como no Conselho de Arquitetura Urbanística (CAU), exigência considerada por ele como restritiva ao caráter competitivo do certame, tendo em

vista que os serviços que constam da planilha de preços são serviços que podem ser executados tanto por engenheiro, quanto por arquiteto.

Alerta o denunciante, fl. 02, que a exigência do registro da empresa e de seus responsáveis técnicos no CREA e no CAU, faz com que, apenas duas, das 6 empresas participantes do certame (conforme Ata de fls. 183/186), sejam habilitadas, restando, assim, configurando o direcionamento da licitação.

Alicerçado nos arts. 3º e 4º da Decisão Normativa n.º 83/08 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia - CONFEA e no no inciso I do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, aduz o denunciante, fl. 06, que os serviços licitados podem ser prestados tanto por engenheiro civil quanto por arquiteto com experiência comprovada nos serviços licitados. Destaca que, conforme descrição do objeto prevista no subitem 7.2.2, alínea “a”, do edital, fl. 1051, a empresa a ser contratada é de engenharia, portanto, entende irregular a exigência de que os participantes do certame possuam registro no Conselho Regional de Engenharia (CREA) e no Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU).

ANÁLISE

Na justificativa de fls.50/60 consta que:

[...] o projeto e execução de intervenção em patrimônio histórico cultural e artístico são atividades privativas dos arquitetos e urbanistas, motivo pelo qual, in casu, não pôde prescindir da exigência de arquiteto.

Noutro giro, não se pode olvidar que o objeto do certame versa sobre a restauração da cobertura e da estrutura autônoma de madeira do imóvel destinado à instalação da Casa de Cultura e da Sede da Corporação Musical de Furquim, o que, por si só indica a necessidade de realização de **cálculo estrutural, atividade de engenheiro**, que não pode ser desenvolvido por arquiteto.

[...]

Essa exigência, além de assegurar a qualidade da reforma da cobertura e da estrutura autônoma de madeira da Casa de Cultura e Sede da Corporação Musical de Furquim, desenvolvida por arquiteto, por se tratar de patrimônio histórico e, também por um engenheiro, por necessitar de cálculos estruturais, preserva sim o caráter competitivo e legal do certame, além do princípio da eficiência da Administração Pública. **(destaques do texto)**

O item 7.2.2 do Edital de Licitação, fl. 1051, assim estabelece:

7.2.2 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

a) Prova de **inscrição ou registro** e quitação das anuidades **da empresa e dos seus Responsáveis Técnicos**, junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia

(**CREA**) e no Conselho de Arquitetura Urbanística (**CAU**), da localidade da sede da licitante. Exercício de 2017. (g.n.)

b) **Comprovação da aptidão** para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, mediante **apresentação de atestado(s), acompanhado(s) da(s) respectiva(s) certidão(ões) emitida(s) pelo CREA e pelo CAU** da região onde os serviços foram executados, (...) em nome do(s) profissional(is) técnico(s) responsável(eis), comprovadamente inscrito(s) no CREA e no CAU como RT integrante do quadro permanente do licitante na data prevista para entrega da proposta, comprovando a execução de obras e serviços de características técnicas similares às do objeto da presente licitação(...).(g.n.)

b1 . Atestado técnico – Profissional (g.n.)

b1.1. Ter executado atestado, a construção de obra similar ao objeto licitado, incluindo:

- **Execução de obra de restauração** com características semelhantes em **imóvel de arquitetura colonial brasileira tombado e/ou localizado em conjunto arquitetônico e urbanístico tombado;** não se admitindo atestado de fiscalização, gerenciamento ou supervisão. (g.n.)

-**Execução de obra de reforma de edificação colonial** com características semelhantes em imóvel de arquitetura colonial brasileira; não se admitindo atestado de fiscalização, gerenciamento ou supervisão. (g.n.)

c) **Comprovação de aptidão de desempenho técnico-operacional** da licitante, em conformidade com o art. 30 da Lei n. 8666/93, comprovando a execução pela licitante de obras e serviços de características técnicas similares às do objeto da presente licitação, não se admitindo atestado(s) de fiscalização, gerenciamento ou supervisão. (g.n.)

O objeto do edital, fl. 1049, foi descrito nos seguintes termos:

4. OBJETO

Constitui objeto desta Tomada de Preços para **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE ENGENHARIA PARA A EXECUÇÃO DE RESTAURAÇÃO DA COBERTURA E DA ESTRUTURA AUTÔNOMA DE MADEIRA DO IMÓVEL DESTINADO À INSTALAÇÃO DA CASA DE CULTURA DE FURQUIM E SEDE DA CORPORAÇÃO MUSICAL DO DISTRITO DE FURQUIM, MUNICÍPIO DE MARIANA,** conforme relação quantitativa especificada no Anexo I deste Edital. (g.n.)

Ao tratar do princípio do livre exercício do trabalho, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XIII, abaixo transcrito, condiciona a qualificação profissional do trabalhador a requisitos previstos em lei:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

No caso das profissões regulamentadas, as condições mínimas para o exercício da atividade estão previamente definidas em lei, como possuir graduação e prévia inscrição no conselho competente.

Antes de se discutir a questão posta sob análise, cabe trazer à luz as disposições da Lei nº 8.666/93 sobre a qualificação técnica das licitantes:

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

I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 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.

A análise das exigências previstas no edital relativas à capacitação técnica operacional e profissional das empresas participantes no certame deve ser feita de forma criteriosa, levando-se em consideração os princípios explícitos e implícitos aplicáveis à licitação e, também, o princípio constitucional do livre exercício do trabalho, contido no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal acima transcrito.

Nesta linha de raciocínio, indaga-se qual a finalidade de se exigir dos licitantes a demonstração de sua qualificação técnica e a quais limites está imposta.

Marçal Justen Filho, na obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12ª Ed., São Paulo: Dialética, p. 405, vem conceituar o que vem a ser “qualificação técnica”, da seguinte forma:

A expressão ‘qualificação técnica’ tem grande amplitude de significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado. Isso abrange, inclusive, a situação de regularidade em face de organismos encarregados de regular determinada profissão. Na ordenação procedimental tradicional, essa qualificação técnica deverá ser investigada em fase anterior ao exame das propostas e não se pode sequer admitir a formulação de propostas por parte de quem não dispuser de condições técnicas de executar a prestação. ”

Ao buscar a melhor condição técnica das empresas para a execução dos serviços, a Administração está livre ou existem barreiras que visam limitar a atuação estatal?

Entende-se, sem embargo de posicionamento oposto, que, no momento de definir as regras da licitação (ao se confeccionar o edital), deve o agente público responsável por sua elaboração atentar para os princípios que norteiam o processo de contratação, tal como previstos na Constituição Federal e na própria Lei Nacional de Licitações, chamando-se a atenção para a observância do princípio da competitividade, como instrumento da obtenção da melhor proposta para a Administração.

Explicando o tema, Joel de Menezes Niebuhr, *in* Licitação Pública e Contrato Administrativo, 2ª Ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 393, bem resolve o dilema, *verbis*:

Ressalta-se, novamente, que o princípio da competitividade é o ponto nuclear da licitação e, sobretudo, da fase de habilitação. Ademais, nota-se que a parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, em expressão do princípio da competitividade, enuncia que somente se permitirá, em licitação, exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis para a garantia das obrigações. Ou seja, deve-se exigir como condição de habilitação o mínimo possível, o indispensável, verdadeiramente pertinente e útil para evitar que a Administração firme, no futuro, contrato com alguém que não tenha capacidade ou idoneidade para fazê-lo.

A Lei n. 12.378/2010 regulamenta o exercício da Arquitetura e Urbanismo, cria o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal – CAUs. Em seu art. 2º, XII e parágrafo único, IV, e art.7º, assim estabelecem:

Art. 2º As atividades e atribuições do arquiteto e urbanista consistem em:

(...)

XII - execução, fiscalização e condução de obra, instalação e serviço técnico.

Parágrafo único. As atividades de que trata este artigo **aplicam-se aos seguintes campos de atuação no setor:**

(...)

IV – do **Patrimônio Histórico Cultural** e Artístico, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, monumentos, restauro, práticas de projeto e soluções tecnológicas para reutilização, reabilitação, reconstrução, preservação, conservação, **restauro** e valorização de edificações, conjuntos e cidades (grifo nosso);

(...)

Art. 7º Exerce ilegalmente a profissão de arquiteto e urbanista a pessoa física ou jurídica que realizar atos ou prestar serviços, públicos ou privados, privativos dos profissionais de que trata esta Lei ou, ainda, que, mesmo não realizando atos privativos, se apresenta como arquiteto e urbanista ou como pessoa jurídica que atue na área de arquitetura e urbanismo sem registro no CAU. (g.n).

Visando especificar as atividades, atribuições e campos de atuação privativos dos arquitetos e urbanistas e os que são de atuação compartilhada entre estes e os profissionais legalmente habilitados em outras profissões regulamentadas, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil (CAU/BR) editou a Resolução CAU/BR nº 51/2013, que, em seu art. 2º, define as áreas de atuação privativas dos arquitetos e urbanistas.

O art. 2º da Resolução CAU/BR nº 51/2013 divide as atividades privativas de arquitetos e urbanistas em seis grandes campos de atuação: Arquitetura e Urbanismo; Arquitetura de Interiores; Arquitetura Paisagística; **Patrimônio Histórico, Cultural e Artístico**; Planejamento Urbano e Regional; e Conforto Ambiental. A conferir:

Art. 2º **No âmbito dos campos de atuação** relacionados nos incisos deste artigo, em conformidade com o que dispõe o art. 3º da Lei nº 12.378, de 2010, **ficam especificadas como privativas dos arquitetos** e urbanistas as seguintes áreas de atuação:

(...)

IV - DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO CULTURAL E ARTÍSTICO:

a) projeto e execução de intervenção no patrimônio histórico cultural e artístico, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, monumentos, práticas de projeto e soluções tecnológicas para reutilização, reabilitação, reconstrução, preservação, conservação, **restauro** e valorização de edificações, conjuntos e cidades;

b) coordenação da compatibilização de projeto de preservação do patrimônio histórico cultural e artístico com projetos complementares;

c) **direção, condução, gerenciamento, supervisão e fiscalização de obra ou serviço técnico referente à preservação do patrimônio histórico cultural e artístico**;

(...)

Verifica-se que o objeto do edital, fl. 1049, exige que as **empresas licitantes sejam da área de Engenharia**, conseqüentemente devem possuir em seu quadro permanente profissional engenheiro.

Já o item 7.2.2, alínea “a” do edital, fl. 1051, e o item 20, alínea “iii”, do “Termo de Referência”, fl. 1129, que tratam das condições de qualificação técnica, estabelecem a exigência de **prova de inscrição ou registro** e quitação das anuidades **da empresa e dos seus Responsáveis Técnicos**, junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia **(CREA) e também junto ao** Conselho de Arquitetura e Urbanismo – **CAU**.

Como prova de capacitação técnica profissional, o item 7.2.2, alínea “b” do edital, fl. 1051, e o item 20.1, alínea “ii”, do “Termo de Referência”, fl. 1128, exigem a comprovação de que as licitantes já tenham executado **obra de restauração** em imóvel tombado e/ou localizado em conjunto arquitetônico e urbanístico tombado (serviço de competência exclusiva dos profissionais da área de arquitetura) e a execução de **obra de**

reforma em imóvel de arquitetura colonial brasileira (serviço de competência compartilhada de profissionais, tanto da área de arquitetura quanto da área de engenharia).

Pelo fato de uma das parcela de maior relevância e valor significativo do objeto ser serviços especializados típico da área de engenharia (obra de reforma da cobertura e da estrutura de madeira do imóvel) **entende-se razoável e prudente a exigência prevista no subitem 4.1 - OBJETO, fl. 1049, de que as empresas participantes do certame sejam empresas de engenharia.**

Considerando que os serviços de **restauração** foram também considerados como serviço de maior relevância (por se tratar de imóvel de valor histórico para o município), por constituírem serviços da área de atuação privativa dos profissionais arquitetos e urbanistas (art. 2º, IV, alíneas “a” e “c”, da Resolução CAU/BR nº 51/2013), devem ser realizados por profissional da área de arquitetura e urbanismo, os quais possuem a competência necessária para realizá-los de forma exclusiva.

Verifica-se, portanto, que não há como o objeto do processo licitatório, Tomada de Preços n. 002/2017, ser executado em sua abrangência sem o exercício de atividades profissionais privativas de arquitetos e urbanistas.

A exclusão da exigência de comprovação do registro da empresa licitante no Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU importará em descumprimento do art. 7º da Lei nº 12.378/10, uma vez que o serviço de restauração está por ela regulamentado, sendo necessário o registro da empresa que executa estes serviços no CAU, sob pena de caracterização de exercício irregular da profissão, em flagrante inobservância do art. 5º, XIII, da CF/88.

A Resolução CAU/BR n. 28 de 06/07/2012, em seu art. 1º, I, também estabelece que as pessoas jurídicas que tenham por objetivo social o exercício de atividades profissionais privativas de arquitetos e urbanistas ficam obrigadas ao registro nos Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal (CAU/MG).

CAPÍTULO I

DO REGISTRO DE PESSOA JURÍDICA

Art. 1º Em cumprimento ao disposto na Lei nº 12.378, de 31 de dezembro de 2010, ficam obrigadas ao registro nos Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal (CAU/UF):

I - as pessoas jurídicas que tenham por objetivo social o exercício de atividades profissionais privativas de arquitetos e urbanistas;

Considerando o disposto no art. 2º, IV, alíneas “a” e “c”, da Resolução CAU/BR n. 51/2013, no art. 1º, I, da Resolução CAU/BR n. 28/2012 e no art. 7º da Lei n. 12.378/10, e considerando as justificativas apresentadas pela Administração, **esta Unidade Técnica, em conformidade com o entendimento do Conselheiro Relator, fl. 1151/1153, entende pertinente e razoável a exigência prevista no subitem 7.22, alínea “a” do edital, fl. 1051, referente à obrigatoriedade de comprovação de registro da empresa licitante e dos seus Responsáveis Técnicos (RTs) junto ao CREA e também junto ao CAU, como requisito necessário à habilitação técnica das licitantes. Portanto, improcedente a denúncia quanto a este ponto denunciado.**

Todavia, vislumbra-se a irregularidade do citado item 7.2.2, alínea “a”, do edital, quanto à exigência de quitação das anuidades da empresa e dos seus responsáveis técnicos junto ao CREA e ao CAU.

Esta Unidade técnica entende que a exigência de “quitação” junto a entidades profissionais, na fase de habilitação, é irregular, pois contraria o art. 30, I, da Lei n. 8.666/93, que estabelece, entre outros documentos, apenas o “registro ou inscrição” na entidade profissional competente.

Essa exigência não contribui para a aferição da capacidade técnica da licitante e do profissional (responsável técnico) e poderá restringir o caráter competitivo do certame. A regularidade no pagamento de anuidade diz respeito ao conselho profissional. Não cabe, portanto, à Administração, aviar medida no sentido de compelir a adimplência das sociedades empresárias e dos profissionais junto ao CREA e ao CAU. Apenas o conselho profissional possui competência para tanto, o qual, contudo, não pode transformar a competência para expedir certidões de registro ou inscrição em meio coercitivo de cobrança de anuidades.

Outro não foi o entendimento desta Corte de Contas nos autos da Denúncia n. 932254, da relatoria da Conselheira Adriene Andrade, Sessão do dia 16/05/2017, e da Denúncia 969444, da relatoria do Conselheiro José Alves Viana, Sessão do dia 27/10/2016.

Isso posto, conclui-se pela irregularidade do subitem 7.2.2, alínea “a”, do edital, quanto à exigência de quitação das anuidades da empresa e dos seus responsáveis técnicos junto ao CREA e ao CAU.

5 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, após análise do edital e da documentação apresentada, em face da denúncia, esta Unidade Técnica entende pela ocorrência das seguintes irregularidades:

1 - vedação de impugnação via fax ou correio eletrônico (e-mail), prevista no subitem 21.10 do edital, fl. 1058. **Responsável: Sr. Marlon Paulo Figueiredo Silva, Presidente da CPL, subscritor do Edital Tomada de Preços n. 02/2017, fls. 1058;**

2 - Exigência de quitação das anuidades da empresa e dos seus responsáveis técnicos junto ao CREA e ao CAU, prevista no subitem 7.2.2, alínea “a” do Edital de Licitação, fl. 1051. **Responsável: Sr. Marlon Paulo Figueiredo Silva, Presidente da CPL, subscritor do Edital Tomada de Preços n. 02/2017, fls. 1058.**

Entende-se que, após, os autos serem encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal, para os fins do art. 61, § 3º, do Regimento Interno, o responsável pode ser citado para apresentar defesa quanto às citadas irregularidades e eventuais apontamentos do Órgão Ministerial.

Cumprir informar que, conforme informação extraída do site da Prefeitura de Mariana em 07/03/2018 (documento em anexo), a licitação Tomada de Preços n. 02/2017 encontra-se “Em Aberto”

À consideração superior.

DFME/CFEL, 14 de março de 2018.

Fernanda Starling de Pádua Vaz
Analista de Controle Externo
TC1536-6