



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Denúncia n. 1.031.596

Excelentíssimo Senhor Relator,

I RELATÓRIO

Versam os autos acerca da denúncia de f. 01/07, instruída com os documentos de f. 08/71, apresentada pela sociedade empresária Edilane Carmo de Assis Eireli – ME em face do edital do pregão presencial n. 016/2017, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Contagem, cujo objeto é “a contratação de empresa para prestação de serviços de publicações de avisos de licitações e outros comunicados, em jornais diários de grande circulação do Estado de Minas Gerais, Diário Oficial do Estado de Minas Gerais (Minas Gerais) e Diário Oficial da União (DOU)” (f. 35).

A unidade técnica deste Tribunal apresentou estudo às f. 77/81.

Após, vieram os autos a este 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 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 Ausência de fixação de critério para reajuste de preços



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

O art. 40, XI, da Lei n. 8.666/93 estabelece que o edital obrigatoriamente deve indicar um critério de reajuste, o qual, de acordo com o art. 28 da Lei n. 9.069/95 e o art. 3º da Lei n. 10.192/01, não pode se dar em período inferior a 12 (doze) meses.

No entanto, a seção XII do instrumento convocatório (f. 45/46) não preenche o requisito previsto nas leis acima referidas por não fazer menção ao reajuste de preços. Ademais, o contrato administrativo juntado ao edital como Anexo XI (f. 64/69) também não apresenta cláusula de reajuste de preços, indo contra o disposto no art. 55, III da Lei n. 8.666/93.

Marçal Justen Filho assevera que o reajuste de preços trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. Já a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é o restabelecimento da relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente. Aquela deve estar prevista no instrumento convocatório e no contrato, enquanto esta independe de previsão contratual ou editalícia, pois tem raiz constitucional.¹

Vale notar que a fixação do critério a ser adotado para o reajuste dos preços é de fundamental importância principalmente nos procedimentos para contratação de serviços de caráter contínuo, conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, assim sintetizado:

Faca constar dos editais de licitações e respectivos contratos, especialmente nos casos de serviços continuados, cláusulas que estabeleçam os critérios, database e periodicidade do reajustamento de preços, indicando expressamente no referido instrumento o índice de reajuste contratual a ser adotado, nos termos dos incisos XI do art. 40 e III do art. 55 da Lei n.º 8.666/1993.²

Portanto, a ausência da fixação de critério para reajuste de preços configura irregularidade.

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

A exigência trazida no item 6.4.1 do edital (f. 39) para fins de

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008, pág. 716 e 730.

² Acórdão 409/2009 Primeira Câmara.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

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, exige a apresentação de “(...) atestado (s) emitido (s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em papel timbrado, comprovando a **execução satisfatória do objeto idêntico ou similar ao pregão.**” [Grifos nossos].

De plano, resta evidente que a definição “execução satisfatória do objeto idêntico ou similar ao pregão” 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 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.³

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,

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 417.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

torna letra morta o art. 30, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Dessa feita, entende este Ministério Público de Contas ser irregular a exigência de atestado de capacidade técnica da forma como foi feita.

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

O instrumento convocatório ora examinado, ao elencar os requisitos para comprovação da qualificação técnica, no item 6.4.1 do edital (f. 39), exige a comprovação de qualificação técnico-operacional sem também exigir 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, participou 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).⁴

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 STJ⁵:

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

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 412.

⁵ 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

particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de **rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.**

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 Filho⁶:

[...] 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 empresarial 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 sociedade empresária, por vezes,

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, p. 413.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

não espelhará a 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.⁷

Portanto, a cláusula editalícia em apreço não poderia exigir a comprovação de capacitação técnico-operacional sem que também exigisse a demonstração da capacitação técnico-profissional.

No edital do pregão presencial em comento, consta no termo de referência, f.155/168, o orçamento estimado global da contratação, o qual, no entanto, deveria ser feito em planilha de quantitativos e preços unitários.

O orçamento é indispensável para a previsão orçamentária, prevista no inciso III do §2º do art. 7º da Lei n. 8.666/93, que dispõe que:

III. as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de orçamentos que assegurem o pagamento das obrigações. Essa previsão assegura um planejamento programado dos gastos públicos, evitando inadimplemento da Administração.

A elaboração de uma planilha de estimativa de preços unitários, antes da realização do certame, é necessária, pois, por meio da pesquisa de mercado, é que se pode definir, com precisão e clareza, a estimativa do valor a ser gasto na licitação. Além disso, possibilita planejamento mais acertado diante das capacidades orçamentárias do ente frente às suas necessidades.

Além disso, essa estimativa de preços, quantidades e qualidades permitem ao órgão licitante balizar os possíveis contratados, impedindo as propostas de preços exorbitantes e as de preços inexequíveis, confrontados com aqueles encontrados no mercado, e que podem comprometer a execução dos serviços.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, p. 414.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

Na cartilha acerca das “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – Pneus” consta a orientação de que “A Administração Pública tem o dever de anexar ao edital o orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitário e global, sendo imprescindível a sua divulgação aos interessados, evitando-se, assim, tratamento desigual aos licitantes interessados”⁸.

Tal orientação encontra guarida na doutrina pátria, conforme manifestação a seguir transcrita de Marçal Justen Filho:

Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor de orçamento ou preço máximo. Lembre-se que um Estado Democrático de Direito envolve o princípio da transparência da atividade administrativa, somente se admitindo sigilo em situações que ponham em risco interesses relevantes, transcendentes. No caso, o próprio art. 44, §1º, explicitamente proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo. Depois e como já apontou anteriormente, a manutenção do segredo acerca do orçamento ou preço máximo produz o enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas antes da Lei nº 8.666/93. É que, se algum dos licitantes obtiver (ainda que indevidamente) informações acerca do referido valor, poderá manipular o certame, formulando proposta próxima ao mínimo admissível. O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a práticas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe.⁹

Joel de Menezes Niebuhr vai mais além e afirma que a ausência de integração do orçamento ao edital de licitação contraria o princípio constitucional da publicidade:

“Por força constitucional, a Administração sujeita-se ao princípio da publicidade, viés infestável para que todos sejam tratados com igualdade. Nesse sentido, todos os atos praticados durante o curso do processo de licitação devem ser públicos, disponibilizados a todos, para que todos sejam tratados com igualdade. A Administração deve orçar corretamente, em harmonia com a realidade de mercado, e divulgar o orçamento com o edital, aplicando-se o § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93 para todas as modalidades de licitação, inclusive para o pregão. Não é razoável disponibilizar o orçamento somente para alguns, para os que o requererem. Se o orçamento for disponibilizado – e deve sê-lo em razão do princípio da publicidade –, que o seja para todos, como anexo obrigatório ao edital.”¹⁰

Pelo exposto, nota-se a importância do orçamento em qualquer modalidade de licitação, especialmente no pregão, modalidade largamente utilizada e com maior simplicidade procedimental. Assim, na licitação ora examinada, a insuficiência do termo de referência é irregularidade grave, que pode levar ao

⁸Disponível em: <https://goo.gl/LAezbJ>. Acesso em: 23 jun. 2017.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, p. 512.

¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Orçamento estimado*. Curitiba: Zênite, Curitiba, 2007, p.1065.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

comprometimento da competitividade do certame, já que afeta diretamente a descrição do objeto.

1.4 Insuficiência do termo de Referência

O edital do procedimento licitatório em comento conta com termo de referência (f. 51/55). Contudo, verifica-se que tal documento está incompleto, uma vez que não prevê o prazo fixado para contratação em comento. Vale notar que tal informação não consta sequer da minuta do contrato (f. 67).

Vale destacar que o termo de referência é documento basilar dos pregões públicos. Na verdade, é anexo obrigatório e corresponde, grosso modo, ao projeto básico previsto no art. 6º, inc. IX, da Lei n. 8.666/93. Na Lei de Licitações, o projeto básico é definido como o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra, serviço ou aquisição de materiais, devendo ser elaborado com base nas indicações de estudos técnicos preliminares.

Quanto ao termo de referência, conquanto a Lei n. 10.520/2002 não o defina nem estabeleça os seus elementos constitutivos, o Decreto n. 3.555/2000 cuidou de fazê-lo nos termos do art. 8º, *in verbis*:

Art. 8º. A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;

b) justificar a necessidade da aquisição;

c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e

[...];

IV - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Deve-se compreender que toda licitação de obra, serviço ou materiais deve ser precedida da elaboração do projeto básico, devendo esse estar anexado ao ato convocatório como parte integrante, sendo elaborado segundo as exigências contidas na Lei n. 8.666, de 1993, sendo ainda obrigatório, no que couber, para contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Da mesma forma, previamente à realização de pregão em qualquer uma das formas, presencial ou eletrônica, a exemplo de projeto básico nas demais licitações, o setor requisitante deve elaborar termo de referência, com indicação precisa, suficiente e clara do objeto e contendo elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento ou de prestação dos serviços, o prazo de execução do contrato, etc.

Em publicação recente, o Tribunal de Contas de Minas Gerais assegura que “Se o Termo de Referência for falho ou incompleto, a licitação estará viciada e a contratação não atenderá aos objetivos da Administração”.¹¹

Na licitação ora examinada, a insuficiência do termo de referência é irregularidade grave, que pode levar ao comprometimento da competitividade do certame, já que afeta diretamente a descrição do objeto.

2 Da citação

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).

¹¹ *Principais irregularidades encontradas em editais de licitações: pneus*. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Comissao%20de%20Publicacoes/Cartilha%20Licita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pneus%20para%20intranet_v2.pdf>. Acesso em: 05/08/2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

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, 14 de maio de 2019.

Maria Cecília Borges
Procuradora do Ministério Público / TCE-MG