

AUTOS DO PROCESSO N. 1.066.617 - 2019 (DENÚNCIA)

I – Do Relatório

Tratam os autos de **Denúncia** formulada a essa Corte por **ADPM - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA MUNICÍPIOS LTDA.** contra procedimento licitatório deflagrado pela **Prefeitura Municipal de Brumadinho/MG**, **Processo Licitatório n. 60/2018, Tomada de Preços n. 01/2018**, tipo técnica e preço, cujo objeto é “a contratação de empresa especializada em auditoria pública independente e consultoria ampla em finanças públicas, orçamento público, aspectos licitatórios e parcerias convênios e instrumentos congêneres, bem como de assessoria ao controle interno em função de demandas específicas para apuração de responsabilidades”, com valor estimado em R\$264.600,00 (duzentos e sessenta e quatro mil e seiscentos reais).

Em síntese, está sendo alegado irregularidade no edital, por ter sido atribuído peso de 70% para a nota técnica e de 30% para a nota de preço, afrontados os princípios da isonomia e da competitividade, além de poder acarretar aumento de custos na contratação, motivo pelo qual requer a suspensão cautelar do procedimento.

A inicial (fl. 01/06) vem instruída com cópia de contrato social da empresa e alteração (fl. 07/14), documento de identidade (fl. 16), cópia do edital da Tomada de Preços n. 001/2018 e 13 Anexos (fl. 17/44), bem como cópia de publicação em diário oficial de abertura de envelopes (fl. 46).

Elaborado relatório de triagem, o Conselheiro Presidente Mauri Torres determinou sua autuação como Denúncia e sua distribuição, nos termos do *caput* do art. 305 do Regimento Interno, em despacho de fl. 49.

Os autos foram distribuídos ao Sr. Conselheiro Durval Ângelo, que se manifestou na decisão de fl.51/52, e por não possuir os elementos para examinar o pedido de natureza cautelar, entendeu ser necessária a realização de diligências junto à Prefeitura. Em consulta ao *site*, verificou ter sido a sessão de abertura adiada *sine die*, o que afastava o *periculum in mora*, um dos requisitos para a concessão da liminar. Verificou também que, além da denunciante, três outras empresas compareceram, portanto, constatada a competição, e que a empresa denunciante já tinha conhecimento do edital desde outubro de 2018, apresentando a denúncia somente em 10/04/2019, ao ser declarada inabilitada na licitação. Assim, determinou a intimação do Prefeito (fl. 51v/52):

...para que, no prazo de 5 dias úteis, contados da ciência desta decisão, encaminhe, de forma sequencial, todos os documentos das fases interna e externa que compõem os autos da Tomada de Preços nº 001/2018, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 85, III, da Lei Orgânica deste Tribunal, em caso de descumprimento da diligência.

No ato de intimação, o Prefeito Municipal de Brumadinho deverá ser cientificado de que, se entender conveniente ou oportuno, poderá prestar esclarecimentos sobre a irregularidade apontada pela denunciante.

...

Cumprida a diligência, a Secretaria da Primeira Câmara deverá encaminhar os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, a qual, após a elaboração do relatório técnico, deverá enviar os autos ao meu Gabinete, caso seja favorável à concessão da medida cautelar, ou enviar os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, caso não seja favorável àquela concessão.

A Denunciante aviou nova petição, informando o adiamento da sessão e que o procedimento foi adiado *sine die* pela Prefeitura de Brumadinho, permanecendo, pois, a possibilidade da suspensão, sem data para a celebração de contrato (fl. 58/62).

Promovida a intimação (fl. 64/69), o Prefeito encaminhou documentação que veio a ser juntada às fl. 70/825 e encaminhados os autos a esta Unidade Técnica para exame.

Em cumprimento à determinação, passa-se à sua análise, nos termos determinados pelo Relator.

II - Da documentação anexada.

Foram juntados aos autos pelo Prefeito de Brumadinho:

- ofício de encaminhamento de documentação e esclarecimentos, fl. 70/73;
- solicitação do serviço pela Controladoria Interna, contendo justificativa e indicação do preço estimado, fl. 75/78;
- Termo de Referência, fl. 79/87;
- cotação de preços junto a quatro empresas do ramo e mapa comparativo, fl. 88/97;
- estimativa de impacto orçamentário e declaração da existência de recursos orçamentários e dotação, fl. 99/102;
- solicitação do Departamento de Licitação de autorização para licitar na modalidade de Tomada de Preços, fl. 103;
- autorização e aprovação pelo Secretário Municipal de Governo, fl. 104;
- autuação, fl. 105;
- cópia de Decreto de alteração da Comissão Permanente de Licitação, fl. 106;

- cópia de Decreto do Prefeito dispondo sobre delegação de competências à Secretários Municipais, fl. 107/108;
- minuta do edital da Tomada de Preços n. 001/2018 para submissão à parecer jurídico, fl. 109/164;
- parecer jurídico assinado pelo Procurador Geral do Município, fl. 165/167;
- parecer da Controladoria Interna, fl. 168/170;
- edital da Tomada de Preços n. 001/2108, fl. 172/226;
- publicação do aviso do edital no Diário Oficial de Minas Gerais, Diário Oficial do Município, no *site* do município e no jornal “Aqui”, de 27/09/2018, fl. 229/242;
- resposta a questionamento, fl. 243/244;
- impugnação ao edital da empresa Mérito Público Consultoria e Assessoria Contábil Ltda., fl. 247/267;
- parecer da Procuradoria, fl. 270/276;
- resposta à impugnação, fl. 277/279;
- publicações de designação de novas datas, fl. 281/283 e 342/346;
- atestado de visita técnica da empresa ETAC Auditoria e Consultoria Ltda., fl. 284;
- cópia do edital subscrita pelo Secretário Municipal de Governo, fl. 285/341;
- publicação de Decreto Municipal declarando o Estado de Emergência Financeira no Município e contingenciamento de despesas, contendo entre outras a suspensão de procedimentos licitatórios, fl. 347/348;
- documentos relativos ao adiamento da licitação, fl. 350/356;
- nova solicitação de disponibilidade orçamentária-financeira, para o ano de 2019, fl. 357/359;
- revalidação de cotações de preços, fl. 360/367;
- cópias do edital, fl. 368/421; 448/502;
- publicação de nova data para a licitação: 18/03/2019, fl. 422/427 e 447;
- questionamento e resposta da empresa Task - BDO Brazil, fl. 428/430;
- comunicação interna, fl. 433;
- impugnação ao edital da empresa RP Auditoria e Consultoria Pública e resposta da Administração, fl. 436/445;
- aviso de retificação do edital, fl. 503;

- aviso de adiamento da abertura para 01/04/2019, fl. 504/507 e 821;
- credenciamento de quatro empresas no certame, fl. 511/594;
- documentos de habilitação das empresas, fl. 595/766;
- ata de abertura e julgamento de habilitação, fl. 767/768;
- abertura de diligências, fl. 769/771;
- publicação de inabilitação da empresa ora denunciante, ADPM - Administração Pública para Municípios Ltda., fl. 774/776;
- avisos de adiamento sine die e abertura de prazo recursal, fl. 777/780;
- recurso da empresa contra a decisão de inabilitação e resposta da Administração, fl. 781/788;
- Termo de Inabilitação de outra empresa: ETAC Auditoria e Consultoria Ltda., fl. 789;
- publicações de inabilitação da empresa ETAC Auditoria e Consultoria Ltda., fl. 790/796;
- recurso da empresa ETAC Auditoria e Consultoria Ltda., contra a decisão de inabilitação e resposta da Administração, fl. 797/820;
- aviso de habilitação das duas empresas então inabilitadas e publicação, fl. 823/825.

III - Quanto ao apontamento da Denúncia – irregularidade do edital relativa à atribuição de peso de 70% para a nota técnica e de 30% para a nota de preço, afrontados os princípios da isonomia e da competitividade.

A Denunciante está a alegar (fl. 01):

A abertura das propostas iniciou no dia 01/04/2019 e será dada continuidade no dia 12/04/2019, conforme publicação no Diário Oficial do Município anexo. Como se demonstrará a seguir, existem irregularidades no procedimento licitatório iniciado pela Prefeitura Municipal de Brumadinho, notadamente quanto a fixação do peso atribuído à técnica (70%) e ao preço 30%), o que viola os princípios da isonomia e da competitividade, podendo acarretar ainda aumento de custos.

Discorrendo sobre o fundamento da licitação e o seu objetivo que é a obtenção da proposta mais vantajosa, afirma ter sido injustificadamente estabelecido os pesos nesta licitação de técnica e preço, item 14.4 do edital (fl. 04):

Embora se admita, em casos excepcionais, que seja atribuída maior valoração à técnica, em detrimento do preço, tal medida deve ser devidamente justificada, demonstrando a sua razoabilidade e que não implicará no aumento de custos.

Acosta jurisprudência deste Tribunal (fl. 04/05), entendendo ter sido violados os princípios da isonomia e da competitividade, “sendo forçoso concluir pela irregularidade do Processo Licitatório nº 60/2018, Tomada de Preços nº 01/2018, da Prefeitura Municipal de Brumadinho”.

Pugna pela medida cautelar, por estarem presentes “o receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito”.

O Prefeito de Brumadinho, na ocasião do envio de documentação, apresentou esclarecimentos no sentido de que seriam intempestivas as alegações da Denunciante, dado que (fl. 71):

A denunciante protocolou a denúncia no dia 10 de abril de 2019, sendo que a primeira versão do edital foi disponibilizada em 10 de outubro de 2018, a denunciante só se manifestou da irregularidade após ter sido declarada inabilitada para o certame.

Afirma o Prefeito que a Lei de Licitações não estipula percentuais máximos e mínimos para avaliação de técnica e preço (fl. 72):

E conforme citado pela própria Lei, o julgamento por técnica e preço deve ser utilizado quando a Administração necessita de serviços predominantemente intelectuais, a qual se necessita a verificação de capacidade da empresa em prestar o serviço com excelência.

...

Diante disso, entendemos que é possível a aferição de peso maior ou menor na pontuação para análise dos critérios técnicos e de menor preço, sendo a legitimidade conferida pela pertinente justificativa técnica apresentada pela Administração.

Análise

O edital da Tomada de Preços n. 001/2018, na última versão apresentada pela Administração, traz no item 14.2 os critérios para avaliação das Propostas Técnicas (fl. 465/466), ressaltando-se o subitem 14.4, objeto da denúncia:

14.4 – Classificação

14.4.1 – A classificação far-se-á pela ordem crescente da pontuação obtida, sendo considerada vencedora a que obtiver a maior NOTA FINAL (NF), que será obtida através da seguinte fórmula:

$$NF = (0,7 \times NT) + (0,3 \times NP)$$

NT: Nota Técnica

NP: Nota de Preço

O Termo de Referência traz esta descrição (fl. 83):

6 MODALIDADE

O presente procedimento será na modalidade de Tomada de Preços - **TÉCNICA E PREÇO** - na busca do preço justo e mais vantajosa, entretanto, afim de prezar pela contratação de serviços de excelência no mercado, a empresa precisa comprovar técnica apurada em administração e finanças públicas, visando garantir laudos independentes de Auditoria de qualidade e confiáveis.

Leia-se na justificativa apresentada no Anexo I do edital (fl. 472):

A licitação tem MOTIVAÇÃO na necessidade de verificação independente de algumas demandas da Controladoria Interna e da Administração relacionadas a atuação de algumas Secretarias, Departamentos e setores administrativos da Prefeitura Municipal de Brumadinho, garantindo que a conformidade legal faça parte da Cultura Organizacional de Brumadinho.

Busca a Administração aumentar o grau de confiança nas demonstrações contábeis e aumento da transparência (fl. 473):

Considerando ainda as dificuldades do Município de Brumadinho para apurar detidamente e na melhor técnica, mediante seu quadro de pessoal, às inovadoras determinações da Secretaria do Tesouro Nacional – STN ...que aprovaram a 6ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), conhecido como Nova Contabilidade Pública.

Os atrasos no envio do SICOM por parte da Administração Municipal de Brumadinho e as dificuldades ainda existentes neste mister, também são motivos ensejadores para a contratação de uma consultoria efetivamente especializada em Administração e Finanças Públicas; na medida que colaborará para sanar as dúvidas dos servidores públicos, Secretários, Chefes de Departamentos e Servidores Municipais.

...

São fatos e suspeições supostamente relacionados à ilegalidades, fragilidades ou ocorrências em políticas públicas e ações de governo ...que demandarão instauração de sindicância, processo administrativo ou tomada de contas especial. (sic)

Enfim, espera-se melhorias em todos os processos internos...melhorando os processos de controle e registro contábeis, para que eventuais ilegalidades e ocorrências não mais se repitam.

...

Por fim, o efeito didático do relatório técnico de auditoria para os servidores públicos de Brumadinho, é mais uma justificativa tangível na busca da transparência e das melhores práticas de gestão pública. (sic)

A justificativa para a contratação, nos moldes em que está colocada no edital da Tomada de Preço n. 001/2018, estende-se nas fl. 471/474 dos autos, afirmando a alta complexidade técnica do objeto pretendido.

É citada, inclusive, Resolução desta Corte que se relaciona à instituição de Matriz de Risco, induzindo as entidades jurisdicionadas a contratarem auditorias independentes e técnicas.

Com efeito, a Resolução n. 14/2012, que institui a Matriz de Risco do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, prevê que, nos termos do art. 226 da Resolução n. 12, de 17/12/2008, as atividades de controle externo deverão ser planejadas e integradas, observando-se os princípios da eficiência, da eficácia e da efetividade do controle; e resolveu:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Resolução, considera-se risco a possibilidade de ocorrência de falhas ou irregularidades passíveis de verificação antes de se conhecer e avaliar a eficácia do sistema de controle dos órgãos e entidades jurisdicionados de acordo com a seguinte classificação:

...

II – Risco de Controle; decorrente:

...

d) da não realização de auditoria independente na entidade jurisdicionada;

Admitida a contratação de auditoria independente, passa-se à análise dos pesos apresentados no edital e destaque-se do voto apresentado no Acórdão de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, nos autos da Denúncia n. 808.446, de acordo com as Notas Taquigráficas da sessão da Segunda Câmara, nesta Corte, em 06/02/2014, que:

Cabe acrescentar que o privilégio excessivo conferido à técnica em detrimento do critério de preço deve ser acompanhado de justificativa apta a demonstrar sua razoabilidade, de modo a comprovar-se que ele não proporcionará aumento indevido nos custos em prol da obtenção de pequenas vantagens técnicas. Reconheço, portanto, a irregularidade dessa cláusula editalícia.

A questão que se coloca é sobre a aceitabilidade da justificativa apresentada pela Administração para a aferição das propostas técnicas e comerciais com os pesos definidos em edital.

Da doutrina, destaque-se¹:

Existe uma margem de discricionariedade para a Administração dispor sobre isso no edital. Faculta-se que o edital inclusive reconheça importância maior para a nota técnica. Todavia, essa autonomia não autoriza reconhecer predominância tão intensa à nota técnica que a proposta econômica deixaria de apresentar relevância. Em termos concretos, a solução mais equilibrada é reconhecer que a proposta vencedora será determinada por uma fórmula que reconheça peso igual para as notas técnica e de preço. Pode-se admitir a atribuição de peso maior à nota técnica mediante justificativa adequada. Mas se afigura desarrazoado atribuir à nota técnica peso superior a 7 e à nota de preço peso inferior a 3.

A respeito do tipo “técnica e preço”, Hely Lopes Meirelles² preleciona:

¹ JUSTEN FILHO, Marçal, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 847.

A Lei 8.666, de 1993, dispõe que o tipo de licitação de melhor técnica e técnica e preço sejam utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual (projetos, cálculos, fiscalização, gerenciamento e outros ligados à engenharia consultiva em geral). Não obstante, em caráter excepcional, poderão ser adotados para fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, dependentes de tecnologia sofisticada, nos casos em que o objeto pretendido admita soluções alternativas e variações de execuções, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade.

No abalizado dizer de Jessé Torres Pereira Junior³:

Os §§ 8º e 9º (do artigo 30 da Lei Federal n. 8.666/93) referem-se sobretudo, aos tipos de licitação previstos no art. 46 – “melhor técnica” e “técnica e preço”. Porque tais são os tipos que a lei indica como adequados se a execução do objeto for complexa a ponto de demandar o domínio de tecnologia especial. Nesse sentido é sintomático que o § 9º defina “licitação de alta complexidade técnica” como a que “envolva alta especialização como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado”.

A gravidade do que se vai executar condiciona a escolha do tipo de licitação e obriga a Administração a exigir dos licitantes uma proposta técnica que haverá de ser examinada antes da proposta de preço. A avaliação técnica predispõe o confronto entre os preços porque a matéria técnica é prejudicial da financeira, isto é, antes de compararem-se preços é preciso que se tenha certeza sobre a capacidade técnica de cada licitante para executar o objeto.

...

...o quanto, no direito público pós-moderno, é essencial a demonstração dos motivos que justificam as escolhas administrativas, especialmente diante de conceitos indeterminados, porém determináveis no caso concreto, como soem ser “grande vulto” e “alta complexidade técnica”.

Pergunta-se: o objeto da licitação consiste na prestação de serviços intelectuais em que se exijam a arte e o talento humanos para sua criação e execução satisfatória, ou de serviços comuns, com amplas opções no mercado, com diversas empresas que podem prestar os serviços objeto da contratação, com padrão usual de execução?

O serviço é comum a todas as 583 municipalidades do Estado de Minas Gerais. Nesse cenário, não se justifica a atribuição de peso muito mais significativo para o critério técnico.

Com efeito, naquelas situações em que for imperiosa a realização de licitações do tipo “técnica e preço”, a eleição dos critérios deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Isso significa que devem ser graduadas as exigências técnicas e os encargos que elas gerarão, sendo forçoso que exista vínculo de adequação entre o critério

² MEIRELLES, Hely Lopes in “Licitação e Contrato Administrativo”, 14ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, Malheiros Editores Ltda., 2006, pág. 90.

³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres in “Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”, 8ª ed., Renovar, Rio, São Paulo, Recife, Curitiba, 2009, p. 417.

eleito e a necessidade pública a ser satisfeita, com vistas a evitar o desembolso desnecessário de recursos.

Afigura-se, no presente caso, que a Administração poderia desempenhar suas funções por meio da prestação de serviço que atendesse a requisitos mínimos, sem haver necessidade de serviços com características especiais ou peculiares, o que poderia culminar em uma contratação desvantajosa para a Administração.

Ora, afigura-se não ser o melhor caminho, no caso, o da adoção do tipo “técnica e preço”

A análise do Anexo I do ato convocatório (fl. 471/474) e da documentação juntada aos autos permite constatar que a definição de pesos diferentes para cada funcionalidade dos sistemas contratados não foi adequada e satisfatoriamente justificada, não tendo sido objetivamente demonstrada sua razoabilidade.

Ressalte-se que a ausência de justificativa quanto aos pesos atribuídos aos itens que compõem o sistema pode propiciar o direcionamento do certame, conferindo “discrecionabilidade” à Administração para considerar mais relevantes as funcionalidades atendidas por determinada empresa.

Veja-se o entendimento do TCU, na Representação 018.828/2013-2, de 09/04/2014, onde ficou assentado que os serviços de auditoria estão inseridos na definição do artigo 1º da Lei n. 10.520/02:

Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por essa lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Assim também em outro pronunciamento do TCU no Acórdão de Plenário n. 1.046/2014:

43. [...], conclui que os serviços de auditoria independente, em regra, podem ser caracterizados como serviços de natureza comum, sendo obrigatório o emprego da modalidade pregão para as licitações que os tenham por objeto, preferencialmente na forma eletrônica, tendo em vista, especialmente, que:

- os padrões de desempenho e qualidade desses serviços podem ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais no mercado;
- os serviços de auditoria independente são executados segundo protocolos, métodos e técnicas conhecidos e determinados em normas expedidas pelas entidades regulamentadoras;

- a qualidade do trabalho de auditoria é atestada por meio do confronto com normas técnicas e profissionais pré-estabelecidas e, embora possa haver variações metodológicas, estas não são determinantes para a obtenção do resultado desejado pela Administração, qual seja, o parecer de auditoria condizente com as normas aplicáveis; e
- o fato de o objeto exigir capacitação técnica específica não é suficiente, por si só, para excluí-lo do conceito de "bem ou serviço comum".

Esta Coordenadoria considera irregular, portanto, a utilização de licitação do tipo “técnica e preço”, o que afasta a análise dos percentuais atribuídos à técnica e ao preço, conclusão a que se chega após a manifestação da Denunciante a esta Corte.

IV - Quanto a outro achado no edital a ensejar irregularidade, que diz respeito à exigência excessiva de comprovação de capacidade técnica, por meio de atestado fornecido unicamente por pessoa jurídica de direito público.

Entre a documentação de habilitação, envelope 01, o item 7.1.6 dispõe (fl. 455):

7.1.6. Pelo menos um atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público, comprovando aptidão do licitante para desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação.

Da justificativa apresentada no Anexo I do Processo Licitatório n. 060/2018, Tomada de Preços n. 001/2018, destaque-se (fl. 473):

Para tanto, sugerimos a licitação com comprovação de ATESTADOS NA ÁREA PÚBLICA, em função das peculiaridades das finanças públicas e licitações no Brasil. A empresa a ser contratada deverá apresentar documentos que comprovem trabalhos em Município do porte e complexidade de Brumadinho. Em síntese, por tudo isso que colacionamos e da necessidade premente de contar com uma empresa efetivamente especializada na área pública, apesar da relevância do preço, a empresa e seus sócios deverão possuir expertise comprovado nesta complexa área. Seus sócios e associados deverão comprovar um viés acadêmico diferenciado, pois os serviços pretendidos em Brumadinho guardam uma complexidade que não pode ser atendida por empresas sem a devida experiência (teórica e prática) na área pública. Por fim, o efeito didático do relatório técnico de auditoria para os servidores públicos de Brumadinho, é mais uma justificativa tangível na busca da transparência e das melhores práticas de gestão pública.

Por outro lado, na avaliação para efeito de julgamento da pontuação, na proposta técnica da licitante, previu-se (fl. 460/461):

8.4.2 – A avaliação observará os seguintes critérios de pontuação para fins de julgamento:

...

8.5 – Quantidade de contratos (Ativos e Encerrados) da Licitante firmados com a Administração Pública (Poder Executivo Municipal – Administração

**Direta e Indireta – e Poder Legislativo Municipal, Estadual ou Federal).
Relacionados ao objeto desta licitação;**

8.5.1 – Para obter pontuação neste quesito, deverá a Licitante demonstrar a quantidade de contratos firmados com a Administração Pública (Poderes – Executivo e Legislativo Municipal, Estadual ou Federal) vigentes ou encerrados, relacionados ao objeto desta Licitação.

8.5.2 – A pontuação obedecerá aos seguintes critérios:

a) Contratos Vigentes – 15 pontos por contrato (Máximo 10 contratos);

a) Contratos Encerrados – 24 pontos por contrato (Máximo 25 contratos).

8.5.3 – Para comprovar a quantidade de contratos vigentes/encerrados, relacionados ao objeto desta Licitação, a Licitante deverá apresentar cópia autenticada dos contratos firmados com a **Administração Pública – Poder Executivo ou Poder Legislativo (Municipal, Estadual ou Federal)**- área mercantil não será pontuada em função do alto grau de especialização que área pública exige) devendo o documento constar o período de vigência do contrato, ou apresentar Atestado, Certidão ou Declaração, emitido por órgão da Administração Pública (Executivo ou Legislativo), que demonstre a prestação de serviços compatíveis com o objeto deste edital, bem como a data de vigência do referido contrato.

Análise

Como se trata de licitação na modalidade de Tomada de Preços, entende-se como correta a atribuição de maior pontuação à licitante que apresente comprovação de prestação de serviços a pessoas jurídicas de direito público, entretanto, como exigência de habilitação, foge à limitação estabelecida em lei:

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

...

§ 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:

...(GN)

Verifica-se ter sido feita solicitação de esclarecimentos por empresa interessada no certame, sobre a exigência de contratos firmados com a Administração Pública, para efeito de pontuação, no item 8.5.1 do edital, com resposta positiva, desde que os contratos tenham sido firmados seja com a administração federal, estadual ou municipal, segundo parecer da Procuradoria (fl. 428 e 433).

A disposição do item 8.5 foi também impugnada pela empresa RP Auditoria e Consultoria Pública, alegando não haver amparo legal para a exigência de apresentação de atestados exclusivamente fornecidos por entidade pública (fl. 436/442).

A resposta à impugnação, subscrita pela Comissão de Licitação, negou provimento à impugnação, declarando (fl. 444):

Conforme se pode observar ao analisar como um todo o item 8.5, a empresa ora impugnante teve um entendimento equivocado quanto ao tema, uma vez que,

serão aceitos atestados, certidões e ou declarações que comprovem que a licitante prestou ou ainda presta serviços compatíveis para a Administração Pública, desde que atenda ao item 8.5.4 e 8.5.5. Não sendo obrigatório a apresentação apenas de contratos para tal comprovação.

Registra-se também que a empresa ADPM, ora denunciante, foi inabilitada conforme a ata de abertura e julgamento da documentação no procedimento da Tomada de Preços n. 001/2018 por desatendimento ao artigo 30 da Lei Federal n. 8.666/93, por não terem sido apresentados os atestados com registro na entidade profissional competente (fl. 767).

Na ocasião, a empresa inabilitada alegou ter se adstrito ao edital, que não previu o registro dos atestados de capacidade técnica, não sendo lícito exigir o que não estava posto no edital, que faz lei entre as partes, mas a Comissão de Licitação não deu provimento ao recurso (fl. 787/788). Inabilitou ainda uma segunda empresa, ETAC Auditoria e Consultoria Ltda. pelo mesmo motivo (fl. 791).

Houve recurso (fl. 797/805) e em resposta a Presidente da Comissão de Licitação e a Procuradoria do Município reverteram sua posição inicial, acolhendo o recurso e dando-lhe provimento, anulando ambas as inabilitações, da ADPM - Administração Pública para Municípios Ltda. e ETAC Auditoria e Consultoria Ltda., que voltaram a participar do certame (fl. 823).

Independentemente da reabilitação das duas empresas, em razão do que a Denúncia ora sob escrutínio desta Corte talvez não tivesse sido proposta, examine-se a limitação imposta pela exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica fornecido apenas por entidades de direito público, o que ultrapassa os limites estabelecidos na lei.

Em que pese a continuidade da concorrência, dado que três empresas continuam no certame e terão suas propostas comerciais avaliadas, a jurisprudência deste Tribunal se posiciona contrariamente à restrição, considerando-a irregular, senão veja-se Acórdão proferido no processo de Denúncia n. 808.165, em sessão da Primeira Câmara de 1º/08/2013:

Com relação à irregularidade apontada na presente denúncia, em que pese o entendimento manifestado pela unidade técnica pela não procedência da alegação apresentada, uma vez que a denunciante demonstrou anuência tácita à exigência da Administração, ao apresentar os atestados exigidos, em razão do que não haveria interesse processual, acolho o posicionamento do Ministério Público de que a exigência em questão fere o princípio da ampla competitividade, eis que restringe a participação no procedimento licitatório

àquelas empresas que já tenham celebrado contratos de mesmo objeto com pessoas jurídicas de direito público.

A respeito insta observar que a Constituição da República dispõe que a exigência de qualificação técnica não deve ser adotada indiscriminadamente, sendo exigível apenas em contratos específicos e que requerem maior segurança jurídica. Esta é a lição do artigo 37, inciso XII, da Constituição da República, *verbis*:

Art. 37 XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública [...] **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifo nosso)

Quando necessária, a qualificação técnica, conforme a Lei nº 8.666/93, será feita mediante atestados de capacidade técnica, segundo dispõe o seu §1º, art. 30:

Art. 30, § 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: (grifo nosso)

Observa-se que, alinhado ao paradigma constitucional de se aumentar quantitativamente a participação de licitantes, a Lei nº 8.666/93 estabelece que a comprovação de qualificação técnica será feita pelo licitante e mediante atestados que demonstrem o seu repositório técnico adquirido no curso de sua atividade empresarial que, notoriamente, compreende contratos com pessoas jurídicas tanto de direito privado como de direito público.

A entidade promotora da licitação, ao limitar os atestados àqueles oriundos apenas de entidades de direito público, viola o disposto no inciso I, §1º, art. 3º, que veda aos agentes públicos “admitir, prever, incluir [...], nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”.

O entendimento apresentado é confirmado pela jurisprudência do TRF da 1ª Região que firmou a seguinte decisão:

Com efeito, a norma contida no item 14.3, alínea b, do Edital, que impossibilita a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado é incompatível com o artigo 30, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93, que expressamente permite a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado. (TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.014752-7/DF, 3º T. Suplementar, rel. Juiz Wilson Alves de Souza, j. em 29.05.2003, DJ de 18.06.2003)

(TRF da 1ª Região, Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.00.014752-7/DF, 3º T. Suplementar, rel. Juiz Wilson Alves de Souza, j. em 29.05.2003, DJ de 18.06.2003)

Conclui-se que a Administração requerer atestados de capacidade técnica emitidos somente por pessoas jurídicas de direito público viola o Princípio da Legalidade (art. 37, CR), pois os critérios habilitatórios perfazem atos administrativos vinculados ao teor do artigo 27, Lei nº 8.666/93 e é direito do licitante comprovar sua aptidão com atestados emitidos por entes de qualquer regime de direito.

Comungo o entendimento do Órgão Ministerial de que a irregularidade em comento não conserva relação de dependência com as condutas adotadas pela

denunciante no procedimento licitatório, vez que não afeta apenas a ela, mas macula de legitimidade todo o procedimento licitatório, pelo que **considero irregular o apontamento denunciado.**

Assim também no Acórdão da Segunda Câmara em sessão de 03/6/02/2014, nos autos da Denúncia n. 808.446:

A) Da exigência de atestado de capacidade técnica fornecido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público

A Denunciante apontou como irregular a previsão disposta no item 11.1.7 e no Anexo V do edital, as quais exigem que os atestados de capacidade técnica sejam, necessariamente, fornecidos por “entidade de direito público”, com vistas a comprovar a experiência prévia na execução de serviços da mesma natureza do objeto do certame.

Em exame preliminar, a CAEL considerou procedente a alegação da Denunciante, por considerar que deveriam ser aceitos atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito privado. Ademais, ponderou que deveria ser aceita a comprovação da referida qualificação por meio da entrega de um único atestado.

O Ministério Público de Contas concluiu que a manutenção da citada exigência resultaria “no alijamento da própria denunciante e de várias outras empresas do processo licitatório, ao arrepio do art. 3º, parágrafo 1º, inc. I da Lei 8.666/93” (fl. 904).

Em sede de defesa, os responsáveis alegaram que os referidos atestados não foram exigidos como condição de habilitação, tendo sido atribuídos 10 (dez) pontos para cada atestado apresentado, até o limite de 10 (dez) atestados. Essa previsão não inviabiliza a participação de empresas que nunca prestaram serviços à Administração Pública, mas visa, apenas, a proteger a Administração e evitar prejuízos aos cofres públicos.

A Unidade Técnica, analisando as razões defensivas, manteve o apontamento originário, por entender que “As Condições da Proposta Técnica” estão subordinadas aos requisitos de habilitação previstos nos arts. 27 a 33 da Lei de Licitações.

O *Parquet* de Contas, no mesmo sentido, ratificou seu parecer preliminar.

Com efeito, à Administração Pública não cabe fazer exigências que inadvertidamente frustrem o caráter competitivo da licitação, devendo agir com vistas a assegurar a participação do maior número possível de concorrentes no certame, desde que tenham qualificação técnica para garantir o cumprimento das obrigações.

A exigência de atestado fornecido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público é desarrazoada, uma vez que pode impedir a participação de empresa que, apesar de nunca ter celebrado contrato com o setor público, tenha vasta experiência na seara privada no que cinge ao objeto licitado e possua interesse em participar do certame.

Ademais, o art. 30, §1º, da Lei nº 8.666/93 é taxativo ao dispor que a comprovação de aptidão técnica será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Por fim, o ato convocatório é expresso em definir os atestados de capacidade técnica fornecidos por entidades de direito público como elemento necessário à avaliação das propostas técnicas, não sendo razoável que não sejam valorados os atestados fornecidos por empresas que atuem em áreas afins.

Quanto à exigência de quantidade mínima de atestados, por ter o condão de restringir a ampla competitividade, deve existir apenas naquelas hipóteses em que a especificidade do objeto assim o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no procedimento administrativo licitatório, circunstância que não restou evidenciada.

Considero irregular, portanto, a previsão editalícia e procedente a alegação da Denunciante.

E na decisão plenária nos autos do Recurso Ordinário de n. 986.828, também desta Corte, destaque-se:

A exigência de atestado de capacidade técnica emitido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público, sem fundamentação para essa limitação, restringe a ampla competitividade e vai de encontro aos preceitos contidos nos arts. 3º e 30 da Lei de Licitações.

A Lei Federal n. 8.666/93 que regula no país as licitações públicas, trazendo as exigências que podem ou não podem estar contidas em editais de convocação, não abriga exigências excessivas.

Conclui-se pelo apontamento de responsabilização dos agentes subscritores do edital, por restringir a competição às licitantes com experiência anterior unicamente em entidades de direito público.

V - Conclusão

Ex positis, entende este Órgão Técnico que o instrumento convocatório contém vícios que maculam a **Tomada de Preços n. 001/2018, Processo Licitatório n. 060/2018, da Prefeitura Municipal de Brumadinho**, a saber:

- a) **Contratação injustificada do objeto pretendido pela Administração por meio do tipo de licitação “técnica e preço”**. Responsáveis: o Sr. Ricardo do Prado Parreiras, Secretário Municipal de Governo e subscritor do Edital, fl.131, bem como as Sras. Flaviane Aparecida Correia e Iracema Aparecida da Silva, ambas da Controladoria Interna e subscritoras do Termo de Referência, fl. 87.
- b) **Exigência excessiva de comprovação de capacidade técnica, por meio de atestado fornecido unicamente por pessoa jurídica de direito público**. Responsáveis: as Sras. Flaviane Aparecida Correia e Iracema Aparecida da Silva, ambas da Controladoria Interna e subscritoras do Termo de Referência, fl.87.

Tendo em vista que o certame encontra-se suspenso e adiado *sine die* (fl. 821), considerando ainda presentes os requisitos ensejadores da medida cautelar, quais sejam, *fumus boni iuris e periculum in mora*, entende-se que a suspensão do certame pode ser mantida por determinação desta Corte de Contas, e que os responsáveis possam ser citados para apresentarem suas defesas quanto às irregularidades apontadas e aquelas que eventualmente sejam apontadas pelo Órgão Ministerial.

À consideração superior,
DFME/CFEL, em 17 de junho de 2019.

Evelyn Simão
Analista de Controle Externo
TC 2305-9