MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Denúncia n. 1.040.565

Excelentíssimo Senhor Relator,

I RELATÓRIO

Versam os autos acerca da denúncia de f. 01/08, acompanhada dos documentos de f. 09/137, formulada por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. EPP, em face do edital do pregão presencial n. 016/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal Central de Minas, cujo objeto é a "contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração, gerenciamento e controle da manutenção da frota de veículos do Município de Central de Minas com fornecimento de peças genuínas e/ou originais, serviços de manutenções preventivas e corretivas, serviços de borracharia, óleos lubrificantes, pneus, serviço de guincho 24h, alinhamento e balanceamento para toda frota municipal (composta por veículos e máquinas) por meio de sistema informatizado, com utilização de tecnologia via web e em tempo real, em rede especializada de serviços. (f. 25/26).

Em decisão proferida às f. 142/144, o relator indeferiu o pedido de suspensão liminar do certame, sendo os responsáveis e o denunciante intimados às f. 145/149.

A unidade técnica deste Tribunal apresentou estudo às f. 152/157.

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

É o relatório. Passo a me manifestar.

II FUNDAMENTAÇÃO

1 Oportunidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público de Contas

Necessário esclarecer que, em se tratando de manifestação preliminar, cumpre ao Ministério Público de Contas realizar análise quanto à

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

necessidade de aditamento da denúncia 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.

Assim sendo, é preciso apontar as seguintes irregularidades:

1.1 Indeterminação na definição do objeto

No edital que rege o certame, à f. 70, item I, consta a previsão de que "A CONTRATADA deverá implantar sem qualquer ônus para o Município de Central de Minas no prazo máximo de 15 (quinze) dias após a assinatura do instrumento contratual, o sistema informatizado de gerenciamento de dados de gestão de manutenção preventiva e corretiva da frota de veículos da CONTRANTE, compreendendo: cadastro inicial de veículos, usuários, credenciamento da rede de estabelecimentos, fornecimento de dados cadastrais da rede de credenciados; treinamento de usuários e gestores e demais providências pertinentes".

Contudo, à f. 103, item 9.13 do certame, consta a previsão de que "a CONTRATADA deverá realizar a implantação completa do sistema (com treinamentos e cadastros) sem qualquer ônus para o Município no prazo máximo de 30 (TRINTA) dias após a assinatura do instrumento contratual".

Importa observar que as cláusulas acima transcritas são contraditórias e imprecisas, o que faz com que a Administração Pública crie para si uma indesejável discricionariedade, já que poderá determinar, a *posteriori*, qual norma adotar, o que contraria frontalmente o princípio da vinculação ao edital, do julgamento objetivo e, potencialmente, os princípios da moralidade e da igualdade.

Portanto, a existência da contradição acima demonstrada no edital configura irregularidade.

1.2 Ausência da fixação de critério para reajuste de preços

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.

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

No entanto, o item 9 do instrumento convocatório (f. 65) não preenche o requisito previsto nas leis acima referidas. Essa cláusula, na verdade, não contém critério de reajuste de preços, mas sim previsão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, figuras que não se confundem.

Marçal Justen Filho assevera que o reajuste de preços está relacionado à 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, clausulas 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.

1.3 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 10.2 “b” (f. 39), exige a comprovação de qualificação técnico-operacional, sem exigir, de forma cumulativa, a qualificação técnico-profissional.

[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.

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

> A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.
> Por outro lado, utiliza-se a expressão "qualificação técnica profissional" para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico contasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração. [...] Veja-se que o profissional que é indicado como "responsável técnico" não é, na quase totalidade dos casos, parte da relação jurídica. A responsabilidade técnica é a de uma pessoa física – que pode ser sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia.
> Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública).[3]

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 STJ[4]:

> 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 nuanças e 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.

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 412.
[4] REsp 295.806/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 06/03/2006 p. 275

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

> 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 Filho[5]:

> [...] 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 empresa, por vezes, 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

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

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

> 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.[6]

Portanto, a cláusula do edital em apreço não poderia exigir a comprovação de capacitação técnico-operacional, sem exigir, de forma cumulativa, a capacitação técnico-profissional.

1.4 Vedação à participação de consórcios

O item 4.4.6 do edital em comento veda a participação de consórcio de sociedades empresárias no processo licitatório (f. 28).

Segundo lição de Marçal Justen Filho[7], em que pese a decisão sobre a admissão ou não de consórcios ser discricionária, a Administração Pública deve fundamentá-la tendo em conta dois aspectos principais: a) se as sociedades empresárias aptas a se reunirem em consórcio são capazes isoladamente de atender ao objeto do certame, tem-se diminuição da competitividade, pois elas poderiam competir entre si; b) no caso de objetos complexos, em que apenas poucas sociedades empresárias isoladamente consigam prestá-lo, com o intuito de ampliar a concorrência, deve-se admitir a união de sociedades empresárias em consórcio.

Dessa feita, revela-se imprescindível a motivação da regra do edital que veda a participação de consórcios. Entretanto, não se verifica, ao menos de acordo com os documentos acostados aos autos, justificativa nesse sentido.

Portanto, a ausência de justificativa para vedação à participação de consórcios configura irregularidade. Além disso, é preciso analisar se os motivos trazidos pelos responsáveis, de fato, sustentam a opção feita pela Administração Pública, sob pena também de restar configurada irregularidade em razão disso.

2 Da citação

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 9ª ed., p. 414.
[7] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 463-466.

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

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

III CONCLUSÃO

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

É o parecer.

Belo Horizonte, 12 de junho de 2019.

Maria Cecília Borges
Procuradora do Ministério Público / TCE-MG

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente