



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Denúncia n. 1.066.489

Excelentíssimo Senhor Relator,

I RELATÓRIO

Versam os autos acerca da denúncia de f. 01/06, instruída com os documentos de f. 07/34v., apresentada por Finame Peças e Serviços Eireli - ME em face do edital do Pregão Presencial n. 005/2019, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Ipatinga, cujo objeto a “contratação de empresa para prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, relativa à mecânica e elétrica com fornecimento de peças e serviços de lanternagem para os veículos da Secretaria Municipal de Saúde (...)” (f. 11).

A unidade técnica deste Tribunal apresentou estudo às f. 108/110.

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 Insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários

No edital do pregão presencial em comento, f. 20v./23, não consta o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

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.

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”¹.

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, transcendentais. 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.²

¹BRASIL. Tribunal de Contas do Estado Minas Gerais. Principais irregularidades encontradas em editais de licitação - PNEUS. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/LAezbJ>>. Acesso em: 04 de dez. de 2018.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, p. 512.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

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.”³

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

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

A exigência trazida no item 10.1.2, “a”, do edital (f. 66) para fins de 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 declaração de capacidade técnica “que comprove aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação”.

De plano, resta evidente que a definição “aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação” 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

³ 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

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.⁴

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, 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, item 10.1.2, “a”, do edital (f. 66), 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

⁴ 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

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).⁵

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 STJ⁶:

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 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.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 412.

⁶ 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

Ainda sobre o tema, convém destacar a seguinte lição de Marçal

Justen Filho⁷:

[...] 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, 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.⁸

Portanto, a cláusula editalícia em apreço somente poderia exigir a

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, p. 413.

⁸ 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

comprovação de capacitação técnico-operacional se também exigisse a demonstração da capacitação técnico-profissional.

1.4 Previsão de cláusula que restringe injustificadamente a competitividade

Segundo consta das f. X/X, o edital do certame, em seu item X, previu a seguinte exigência:

10.1.3 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

[...]

b) Declaração de possuir os requisitos mínimos para participação, conforme Anexo VI:

[...]

- Possuir oficina (não conta escritório e área de estoque de peças) com espaço físico igual ou maior que 400m² (quatrocentos metros quadrados) de área coberta,

- A medida visa garantir espaço adequado para reparo dos veículos da Secretaria, que é composto por um número considerável de veículos, sendo alguns de maior porte, como é o caso de ambulâncias. Deve considerar ainda o número de veículos que possa necessitar de manutenção no mesmo período.

Vale notar que a Lei n. 8.666/1993, em seu art. 3º, § 1º, I, dispõe que é vedado:

admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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 [...].

Sobre esse dispositivo, importa destacar que somente são vedadas restrições impertinentes ou irrelevantes para a obtenção do objeto do contrato. Assim sendo, é preciso verificar no caso concreto se a exigência em comento restringiu injustificadamente a competitividade do certame. Para tanto, revela-se útil lançar mão de um exame de razoabilidade.

Segundo lição de Humberto Ávila⁹, o postulado da razoabilidade pode ser utilizado em muitos sentidos, sendo que seu emprego como congruência “[...] exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação.” Assim, sob esse enfoque, “[...] a razoabilidade exige, para qualquer medida, a recorrência a um suporte empírico existente.”

No caso em análise, reputa-se injustificada a exigência realizada no referido item do edital, já que a dimensão do espaço físico considerado adequado pela

⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13 ed., revista e ampliada. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 177



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

Administração Pública não guarda nenhuma relação objetiva com a justificativa a seguir declinada no próprio edital.

Verifica-se, assim, que a exigência em análise não é razoável, razão pela qual a cláusula do edital em comento é irregular.

2 Diligências necessárias à instrução do processo

Tanto as irregularidades apontadas pela unidade técnica deste Tribunal em seu estudo de f. 108/110 quanto as ora aditadas pelo Ministério Público de Contas podem ter levado à restrição indevida da competição no certame em comento.

Assim sendo, revela-se necessário que seja determinado aos responsáveis que comprovem, por meio da juntada da ata de julgamento, propostas e outros documentos que julgar pertinentes, que a competitividade no certame em comento, de fato, ocorreu.

Por seu turno, considerando os princípios constitucionais da eficiência, da razoável duração do processo e do contraditório, pode esta Corte de Contas, simultaneamente, intimar os responsáveis para que cumpram a diligência ora proposta, bem como citá-los para que, caso queiram, apresentem defesa sobre os apontamentos objeto do presente feito.

Cumpridas essas diligências, deverá a unidade técnica deste Tribunal realizar novo estudo conclusivo para que, em seguida, seja concedida nova vista dos autos ao Ministério Público de Contas.

III CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas, nos termos expostos na fundamentação desta manifestação, **REQUER** o aditamento do presente feito e a realização de diligências, bem como a citação dos responsáveis.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2019.

Maria Cecília Borges

Procuradora do Ministério Público / TCE-MG