

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO DA 1ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Processo nº 1047863

Elaine Cristina Barbosa Caldeira, já devidamente qualificado,
vem muito respeitosamente à presença de Vossa Excelência,
apresentar suas razões de defesa, acompanhadas de documentos, o
que faz nos seguintes termos:

Breve síntese dos fatos:

O Consórcio Público de Gestão de Resíduos sólidos deflagrou o
processo licitatório nº 03/2018, concorrência pública nº
01/2018, cujo objeto é a prestação de serviços de gerenciamento
do destino final dos resíduos sólidos, domiciliares/comerciais
dos municípios de Alvinópolis, Bela Vista de Minas, João
Monlevade, Nova Era, Rio Piracicaba, São Domingos do Prata,
Passabém e Santa Maria de Itabira, e através da operação do
aterro sanitário localizado MG 123 KM 03 no Município de João
Monlevade/MG.

Introito:

Esclarecimento preliminar deve ser feito acerca do processo
licitatório em comento. O referido processo teve na como
vencedora a empresa Prohetel Projetos e Construções Ltda.

Ressalta-se pelo mapa de preços abaixo discriminados que a
licitante vencedora apresentou proposta extremamente vantajosa
ao CPGRS, sendo o melhor preço.

EMPRESA	PREÇO
---------	-------

MD AMBIENTAL LTDA		R\$94,11
VINA EQUIPAMENTOS	E	R\$84,03
CONSTRUÇÕES LTDA		
PROHETEL PROJETOS	E	R\$62,67
CONSTRUÇÕES LTDA0		
DIAMOND SERVIÇOS E ENGENHARIA		R\$72,11
EIRELI-EPP		
CONATA ENGENHARIA LTDA		R\$74,17
EVOLUÇÃO SERVIÇOS E SOLUÇÕES		R\$74,80
AMBIENTAIS LTDA		
IR NVOATEC SERVIÇOS	E	R\$74,05
CONSULTORIA AMBIENTAL EIRELI		
GREEN AMBIENTAL EIRELI		R\$84,80

Impera ainda destacar que o referido preço representou uma economia de 25,22%, haja vista que até a deflagração do processo o custo da tonelada, ainda por vias de processo licitatório anterior era de R\$87,97.

DO MÉRITO

1. Da exigência de certidão negativa de dívida ativa da união.

Ora, a prova de regularidade de empresa para com a Fazenda Federal, conforme dispõe o art. 1º da PORTARIA CONJUNTA RFB / PGFN N° 1751, DE 02 DE OUTUBRO DE 2014, faz-se por meio de Certidão atinente aos créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União.

Art. 1º A prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-

Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados.

Logo, a exigência contida em edital "4.2.2 Prova de regularidade com a Fazenda Federal, Dívida Ativa da União e INSS (Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais e Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, fornecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, respectivamente, em conjunto, nos termos da IN RFB n.º 734/2007 e do Decreto n.º 6.106/2007). A certidão conjunta PGFN/RFB será emitida em nome do estabelecimento matriz, ficando condicionada à regularidade fiscal de todos os estabelecimentos filiais, conforme disposto no §1º do art. 1º da IN/RFB n.º 734/2007;", nada mais faz que reproduzir a Lei 8666/93, art. 29, inciso III.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

....

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Impera destacar que a palavra "quitação" constante do item 4.2.2, fez reproduzir antiga terminologia utilizada nas certidões em tempos outros emitidos pela RFB. De certo que a redação ali contida não pode ser entendida como restritiva, ao passo de afirmar que somente seriam aceitas as empresas que apresentassem certidões negativas, vez que, como sabido, as certidões positivas com efeitos negativos, ou vice-versa, como

queiram, produz os mesmos efeitos garantidores do direito à participação no certame.

Desta feita, afastada está qualquer ilegalidade sobre a terminologia utilizada no edital em comento, tratando-se de mera interpretação plenamente resolvível por meio de questionamento prévio, remédio previsto da lei de Licitações para sanar dúvidas e esclarecer elementos.

2. Da exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas.

Socorre novamente a Lei de Licitações, nos artigos que se transcreve, para esclarecer a redação condita em edital:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

...

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até

o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

A atividade da Administração Pública submete-se a quatro princípios nucleares: a legalidade, a moralidade, a finalidade e a publicidade (art. 37, caput, Constituição Federal), juntando-se a esses a isonomia (art. 5º, Constituição Federal). Assentado em tais princípios, o ente público desenvolve suas atividades, relacionando-se com outros órgãos e entes públicos ou com particulares.

Deverá o interessado, como primeira etapa na licitação, comprovar sua regularidade fiscal, estando nesta incluída aquele referente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), nos termos do art. 29.

A exigência dessa comprovação de regularidade, em conjunto com os demais documentos exigidos, deve cercar-se de todas as cautelas necessárias, com criteriosa análise dos documentos apresentados. Constatado que a empresa está em débito com o FGTS, nos termos da Lei nº 9.012/95, esta não poderá celebrar contrato de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com órgão público, não poderá participar de concorrência pública e ficará proibida de conseguir empréstimos, financiamentos, dispensa de juros, multa e correção monetária ou qualquer outro benefício junto às instituições oficiais de crédito.

Nas contratações com o ente público deve-se observar o inciso XIII do art. 55 da Lei 8666/93, que estipula como cláusula obrigatória em todo contrato: "XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".

Assim, durante a execução dos contratos administrativos com pagamento em parcelas mensais, deve-se exigir, em estrita

proteção ao ente público, as comprovações dos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas, sob pena de, em não o fazendo, responder solidariamente o ente público.

Impera observar ainda que o Supremo Tribunal Federal fez questão de esclarecer, ao decidir a ADC 16/DF, que pode, **sim**, ser legítimo, **em um caso concreto**, a atribuição pela Justiça do Trabalho de responsabilidade **subsidiária** à administração pública pelos encargos trabalhistas que a empresa contratada deva aos seus empregados e não pague. Mas, para tanto, será **necessária prova** de conduta no mínimo **culposa** do poder público contratante.

Tal orientação foi explicitada com maior clareza em julgados posteriores, nos quais a Corte Suprema deixou assente que, da decisão prolatada na ADC 16/DF deflui, a rigor, que “é **dever legal** das entidades públicas contratantes **fiscalizar** o cumprimento, por parte das empresas contratadas, das **obrigações trabalhistas** referentes aos empregados vinculados ao contrato celebrado” e que é perfeitamente admissível que a Justiça do Trabalho, analisando fatos e provas **em um caso concreto**, conclua pela responsabilidade **subsidiária** da administração contratante quanto aos encargos trabalhistas dos empregados da empresa por ela contratada, sob o fundamento de haver ficado caracterizada omissão **culposa** do poder público (Rcl-AgR 11.985/MG, rel. Min. Celso de Mello, 21.02.2013; Rcl-AgR 11.327/AM, rel. Min. Celso de Mello, 21.02.2013; Rcl-AgR 12.758/DF, rel. Min. Luiz Fux, 24.04.2013; Rcl-AgR 23.114/MG, rel. Min. Luiz Fux, 05.04.2016).

Sabe-se que o TCU tem entendimento consolidado no sentido de ser possível a retenção, conforme se infere das decisões abaixo colacionadas:

- Assunto: CONTRATOS. DOU de 28.04.2011, S. 1, p. 136. Ementa: determinação ao Ministério da Integração Nacional para que

promova alterações em contrato, bem como inclua naquele que o suceder, se for o caso, de forma a: a) condicionar o pagamento dos serviços contratados à apresentação de documento comprobatório do recolhimento mensal do INSS e do FGTS a cargo da empresa contratada, gerado pelo SEFIP - Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP; Guia de Recolhimento do FGTS - GRF ou documento equivalente), de acordo com a legislação e os padrões estabelecidos pela Previdência Social e pela Caixa Econômica Federal; b) exigir da empresa contratada, no ato do recebimento do Boletim de Medição e de entrega dos relatórios mensal e final, a apresentação de relação nominal dos empregados designados para execução dos serviços, com CPF, cargo, valor do salário mensal, carga horária mensal trabalhada, período trabalhado, valor pago do INSS e do FGTS, Número de Identificação do Trabalhador - NIT, entre outras informações que se fizerem necessárias à verificação do efetivo e tempestivo controle do recolhimento, pela contratada, dos encargos trabalhistas e previdenciários (FGTS e INSS) relacionados aos pagamentos de salários dos trabalhadores alocados no contrato (itens

9.4.3 e 9.4.4, TC-022.745/2009-0, Acórdão nº 1.009/2011-Plenário).

- Assunto: TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO. DOU de 13.05.2010, S. 1, p. 109. Ementa: determinação ao Banco do Brasil S.A. para que, nas contratações para serviços de TI: a) elabore termo de referência que atenda ao conteúdo mínimo indicado no item 9.1 do Acórdão nº 2.471/2008-P e detalhadas na Nota Técnica/SEFTI-TCU nº 1, em <http://www.tcu.gov.br/fiscalizacaoti> ; b) inclua no termo de referência, em atendimento ao princípio da eficiência e com base nas orientações disponíveis no item 9.4 do Acórdão nº 786/2006-P, no item 9.1.1 do Acórdão nº 1.215/2009-P, na Instrução Normativa/SLTI-MP nº 4/2008 e na norma ABNT ISO/IEC NBR 20000:2008, claro detalhamento do nível de serviço necessário à execução do objeto, com a definição de cada resultado esperado, inclusive quanto a prazo e qualidade aceitáveis, dos mecanismos de aferição da qualidade e do desempenho e dos mecanismos de segregação de funções que assegure a não ocorrência de conflito de interesse na medição e remuneração de serviços; c) exclua do edital, em atendimento ao art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002, qualquer referência à opção pelo uso do serviço de folha de pagamento do Banco e à assinatura de convênio, visto ser assunto extracontratual, por irrelevante para a

consecução do objeto do contrato; d) explicita, em atendimento ao "caput" do art. 71 c/c alínea "b" do inc. I do art. 73 da Lei nº 8.666/1993 que, independentemente do uso do serviço de folha de pagamento do Banco, qualquer pagamento está condicionado à comprovação pela contratada de regularidade quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas - incluindo o depósito de salários -, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; e) abstenha-se, em atendimento ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993 e aos princípios da impessoalidade e da moralidade, de incluir no termo de referência, inclusive em contratos mensurados e pagos por resultados, quaisquer elementos que possam caracterizar ingerência indevida do ente público na administração de empresa privada, a exemplos dos seguintes: e.1) estabelecimento de jornada detalhada (p.ex. definir o horário de intervalo do trabalhador e não o período de disponibilidade do serviço); e.2) submissão de trabalhador a teste de conhecimento, competências e habilidades e a sua substituição com base nesse teste; e.3) estabelecimento de cronograma de treinamento e a consideração desse treinamento como horas trabalhadas; e.4) ressarcimento de despesas de transporte, alimentação e hospedagem em condições

equivalentes às dos empregados do próprio Banco; f) abstenha-se, em atendimento ao art. 3º, II, da Lei nº 10.520/2002, de estabelecer requisitos imprecisos que prejudiquem a formulação de propostas ou que impliquem em custos cujo benefício possa não ser usufruído, a exemplo da previsão de possibilidade de solicitação de infraestrutura, a critério do contratante (item 9.3, TC-024.761/2009-3, Acórdão nº 947/2010-Plenário).

- Assuntos: PAGAMENTO e REGULARIDADE FISCAL. DOU de 07.07.2010, S. 1, p. 100. Ementa: alerta ao NEMS/PE sobre a necessidade de exigir, a cada pagamento referente a contrato de execução continuada ou parcelada, comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social (INSS e contribuições sociais administradas pela Secretaria da Receita Federal), para com o FGTS (CEF) e para com a Fazenda Federal (SRF e PGFN), em observância à Constituição Federal (art. 195, § 3º), à Lei nº 8.666/1993 (arts. 29, incisos III e IV, e 55, inc. XIII), à Lei nº 8.036/1990 (art. 27, "a"), à Lei nº 9.012/1995 (art. 2º), à Lei nº 8.212/1991 (art. 47), ao Decreto nº 612/1992 (art. 16 e parágrafo único, art. 84, inc. I, alínea "a" e § 10, alíneas "a" e "b") e ao Decreto-lei nº 147/1967, de modo a afastar, inclusive, a possibilidade de, por força do Enunciado/TST nº 331, vir a

responder subsidiariamente pelo inadimplemento de encargos trabalhistas (item 9.6.2, TC-015.726/2005-2, Acórdão nº 3.961/2010-1ª Câmara).

- Assunto: CONTRATOS. DOU de 29.06.2011, S. 1, p. 106. Ementa: determinação à Escola Superior de Guerra para que fiscalize, em conformidade com os incisos I a III do § 1º do art. 36 da IN/MPOG nº 2/2008, a execução dos contratos de prestação de serviços, em especial no que diz respeito à obrigatoriedade de a contratada cumprir as obrigações trabalhistas e previdenciárias de seus empregados, para evitar possível responsabilização subsidiária pelo inadimplemento (item 1.4.2, TC-020.425/2010-4, Acórdão nº 4.248/2011-1ª Câmara).

Não há qualquer caráter confiscatório na exigência, eis que interpretação do que contido da Lei de Licitações.

3. Exigência de quantitativos mínimos - ausência de justificativa/2. Quantitativos mínimos superiores a 50% - Ausência de Justificativa.

Inicialmente cumpre avocar o próprio item 2.1.2 do Edital de Concorrência nº 01/2018:

2.1.2 - A produção global de lixo urbano domiciliar/comercial para aterramento, pelos municípios consorciados, é estimada em 76 ton./dia (*grifos nossos*).

O Consórcio de Gestão de Resíduos Sólidos, fundado no ano de 2005, contava, ao tempo de sua criação, com a participação de 04 (quatro) municípios, a saber: Bela Vista de Minas, João Monlevade, Nova Era e Rio Piracicaba. No protraído de tempo outros 04 (quatro) Municípios ingressaram no CPGRS, sendo esses: Alvinópolis, São Domingos do Prata, Santa Maria de Itabira e Passabém, sendo que os dois últimos ingressaram nos anos de 2017 e 2018.

Além dos Municípios acima listados empresas privadas também compõem o rol dos entes que descartam material no aterro sanitário tais como Agropecuária Fazenda do Bento Indústria e Comércio, Florestal Bioflor, Projel, Toniolo Busnelço, Fidens Engenharia, Mina do Andrade, Organização de Cereais Monlevade, Arcelor Mittal, Novaera Silicon, sendo de suma importância destacar que as empresas Florestal Bioflor, Projel, Toniolo Busnello, Fidens Engenharia, mantém contrato ativo com o CPGRS, não estando, no entanto, contempladas na estimativa de toneladas dia lançada em edital, vez que encontram-se, temporariamente, suspensas suas atividades de descarte de resíduos no aterro. Por fim, frise-se que em períodos chuvosos o volume de toneladas dia operacionalizado no aterro sanitário cresce exponencialmente.

O quantitativo mínimo de 50 toneladas/dia, exigido em edital, encontra-se justificado na essência do serviço, que de alta complexidade, e de características continuadas, aliada à flutuação da tonelada dia recebido, encontra variação de quantidade suportada em fatores antrópicos, climáticos, de calendário, entre outros, atinentes à produção de resíduos sólidos.

É de se destacar que se trata de serviço de natureza continuada, com alta complexidade e manifesta previsão de crescimento, já sinalizada pelo interesse do ingresso de diversos municípios, motivada pelo endurecimento das exigências ambientais.

Nesse interim e justificando o quantitativo mínimo solicitado, o Município de Santa Bárbara solicitou o ingresso junto ao CPGRS, documento anexo, apresentando estimativa mês de 335 toneladas mês, o que corrobora com as informações e exigências lançadas em edital, amoldando-se o quantitativo ao percentual exigido.

Não bastasse os fatores intrínsecos, que afastam qualquer excesso de exigência, já que plenamente justificado pelo exponencial crescimento do volume de resíduos sólidos pelos afores acima declinados, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, fixa entre 50 e 60% do objeto pretendido o quantitativo razoável a ser exigido como prova da execução de serviços similares, consoante se comprova na Súmula nº 24, in verbis:

SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Objetos de alta complexidade, como o constante da presente concorrência necessitam de um sistema de análise garantidor da segurança do administrador para firmar contratos futuros de prestação contínua.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul utiliza-se da lição do Professor Adilson Abreu Dallari, confirmando que não é DESPROPOSITADO ou INCONSTITUCIONAL o exigir de experiência anterior REAL e SIMILAR à exigida no certame licitatório, principalmente em relação a obras vultuosas e a serviços complexos.

A complexidade técnica deve ir além do mero conjunto pessoal, adentrando aspectos similares e específicos do objeto do certame. Cabe aqui apenas relembrar que a Constituição Federal autoriza e determina o estabelecimento de condições voltadas ao asseguração da efetiva e integral execução do contrato. Nada existe de inconstitucional ou despropositado na exigência de comprovação de capacitação técnico operacional para empresas executantes de obras públicas de grande vulto, de considerável complexidade técnica, para as quais é insuficiente a simples capacitação profissional do pessoal técnico.

Esta similaridade, elemento construtor fundamental da capacidade técnica, conforme a sequência presente no mesmo parecer, é exigível em QUANTIDADE e QUALIDADE com clara aproximação com o objeto licitado.

Não pode o Edital, por exemplo, exigir, como capacidade técnica válida, algo MUITO SUPERIOR ou INFERIOR ao objeto do certame, porque haveria restrição à competitividade, e excesso de formalismo.

Este é o paradigma que nos é dado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 1890/2010, exarado pelo Ministro Valmir Campelo em 4/8/2010: (grifo nosso)

(...) “o princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade”. (...) “o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível”. (grifo nosso)

Não há se falar que exigir capacidade técnica significa pôr abaixo o caráter competitivo do certame, isto porque a segurança do ente público, quanto à atividade pretérita da empresa interessada, é uma garantia difusa, tendo em vista a própria leitura feita pelo Superior Tribunal de Justiça. Certo que a Administração Pública, notando a deficiência ou evitando-se a incapacidade É OBRIGADA a não deixar que o interessado participe ou permaneça no certame licitatório, sob pena de incidir em improbidade administrativa.

Veja o trecho pedagógico do Acórdão 1025/2003 do STJ:

7. A Administração tem o dever de se proteger de interessados não capacitados a prestar o serviço ou realizar a obra objeto da licitação. Por isso, a Lei de Licitações e Contratos prevê a fase de habilitação, na qual os interessados devem comprovar os requisitos exigidos no edital. Nela, a Administração deve impedir a participação daqueles sem condições de cumprir o objeto. (grifo nosso)

Neste mesmo caminho, o Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, e sua Procuradoria, em resposta a uma representação sobre o tema, também justifica que a razoabilidade

e proporcionalidade da exigência não ferem o caráter competitivo:

Na verdade, essas exigências devem ser razoáveis e proporcionais com o objeto pretendido, sob pena de restrição indevida à competição do certame, o que não é o caso dos autos. Desse modo, sobressai-se que a qualificação constante no subitem 3.6.1.4, nas alíneas apontadas, da maneira como fora redigida, dá maior importância a obras de inexpressiva complexidade do que às suas características técnicas, que seriam os reais indicadores da complexidade de execução dos serviços de modo a especificar as parcelas de maior relevância e de valor significativo. (grifo nosso)

Um referencial não absoluto de razoabilidade, segundo o Tribunal de Contas da União (Acórdão 1284/2003), seria o da comprovação de uma atividade quantitativamente similar, a pelo menos cinquenta por cento do exigido no Edital:

Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais: não estabeleça, em relação a fixação dos quantitativos mínimos já executados, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativo dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo

edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XX I do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993; (...) Plenário. (grifo nosso)

Segundo o Tribunal de Contas da União, um atestado de capacidade técnica válido deve, além de se referir a serviço similar, **provar atendimento prévio de pelo menos cinquenta por cento do objeto do certame atual.**

O Conselheiro José Alves Viana, em resposta a representação 898497, em acórdão de 09/04/2014 assim manifestou em voto de sua lavra enquanto conselheiro do TCU:

Ementa: DENÚNCIA - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO DE REDE DE ESTAÇÕES PARA BICICLETAS DE USO COMPARTILHADO E, COMO ACESSÓRIO, EXPLORAÇÃO DE 7 SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS - ALEGAÇÃO DA DENUNCIANTE DE QUE A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE CAPACIDADE TÉCNICA É RESTRITIVA À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE EXPLORAM PUBLICIDADE EM MOBILIÁRIO URBANO - IMPROCEDÊNCIA - EXIGÊNCIA COMPATÍVEL COM O NÚCLEO DO OBJETO DA CONTRATAÇÃO - POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO - EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO - ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. Não há irregularidade na fixação de requisito para comprovação da capacitação técnica se a mesma for condizente com o núcleo do objeto da contratação. Declara-se a extinção do processo com resolução de mérito. (grifo nosso)

O Tribunal de Contas do Mato Grosso também comunga desta leitura, indo, ademais, além. Para este importante ente administrativo-contábil, a capacidade técnica não é somente quesito de exclusão de processo administrativo, mas ELEMENTO FUNDAMENTAL, parte núcleo do objeto licitado, posto garantir a segurança de prestação servicial pública, evitando mal-estar futuro quanto à prestação de serviços pleiteada no certame.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, afirma que o administrador é dotado de poder discricionário, devendo pautar-se na prestação esperada, relacionando o objeto concretizado, e a prestação anterior. Sustenta, ademais, a responsabilidade no trato da coisa pública e transparência nas exclusões efetuadas:

Em referência ao curso ser dirigido à área pública, também não há nenhuma restrição injustificada. A Administração Pública, via poder discricionário, pode estabelecer que o curso seja voltado para as peculiaridades do organismo público: responsabilidade no trato com a coisa pública, bem como transparência em suas ações para os administrados, ainda assim com observância do interesse público nas suas manifestações perante os aqueles. Estas características aparecem em menor grau no relacionamento da área privada com a mídia. A Administração Pública escolheu contratar empresa que já tenha realizado treinamento com foco nas características próprias do setor. E isto nada tem de restritivo – pelo contrário, só reforça a idéia de salvaguarda do interesse público por meio da adoção de um critério objetivo de especialidade. (grifo nosso)

Se um atestado de capacidade técnica apenas assegurar serviço anterior referente à quantidade inferior ao exigido na prestação real do certame, em sentido quantitativo, não há como haver aceite de tal documento. Atitude contrária geraria insegurança e incerteza quanto ao Interesse Público.

A questão quantitativa, por inúmeras vezes debatida pelo Tribunal de Contas do Estado (questão do mínimo de 50% de experiência anterior) se objetiva ainda mais em leitura feita a partir de estudos da Advocacia Geral da União, em referência a Mandado de Segurança 15963-05.2013.4.01.3500 de Goiás. No texto citado, o Advogado Geral da União creditou correta a ação de um pregoeiro, excluindo empresa, e não aceitando seus atestados de capacidade técnica, porque o objeto da referida licitação tratava de 44 postos de vigilância, enquanto a 10 comprovação anterior de prestação pela empresa foi de apenas 4 postos (4 atestados referentes, a um posto por vez).

Importante frisar deve-se afastar exigência de atestado que guarde relação idêntica com o volume licitado, eis que tal exigência importaria em restrição da competitividade, o que não é o caso do edital em análise:

iv) Infringência ao art. 3º, § 1º, inc. I, c/c art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666/1993, em face de se exigir, como atestado de capacidade técnica operacional, a execução anterior de serviço igual ao objeto da licitação, acarretando ilícita restrição ao caráter competitivo da disputa; (grifo nosso)

No presente edital não há exigência idêntica de comprovação de capacidade técnica operacional em igual quantitativo ao licitado, mas inferior, com valores que respeitam a característica continuada dos serviços, que, aliada à projeção

de crescimento, bem como aos contratos em vigor, mas em suspensão, se levados a efeito, importarão em crescimento exponencial de quantitativos e complexidade.

Lado outro o ilustre jurista Marçal Justen Filho leciona que a qualificação técnica significa "**domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado**". Ao seguir as regras "nuas e cruas" previstas Lei 8.666/93, para estabelecer critérios que demonstrem qualificação técnica dos licitantes, revelou-se ineficiente. A dificuldade resulta no fato de que as empresas prestadoras de serviços terceirizados não são especialistas no serviço propriamente dito mas sim na administração da mão de obra, ou seja, a execução dos serviços normalmente demonstram pouca complexidade diferentemente de um contrato que envolva complexidade técnica, em que a capacidade pode ser balizada tomando como referência a dimensão do objeto (parâmetro de 50% usualmente adotado), como ocorre, por exemplo, em contratos de fornecimento de bens ou obras.

Não obstante, neste segmento a habilidade exigida recai sobre a gestão de pessoas, a maior causa de fracasso na execução nestes contratos é a incapacidade das empresas em manter a prestação dos serviços ao longo do tempo sem falhar no cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias junto aos empregados.

No caso vertente, a exigência no quantitativo mínimo de 50 toneladas/dias se faz ajustado ao objeto licitado, seja por sua complexidade, seja por sua estimativa de crescimento. Não se faz arrazoado arguir limitação ao princípio da competitividade ao passo que o mesmo deve ser mitigado, preservando-se a efetiva prestação do serviço, a proteção do meio ambiente, e discricionariedade administrativa.

4. Da não exigência de comprovação de capacidade técnica operacional

Há de se ressaltar no presente tópica a antítese da denunciante. Em suas razões de denunciar, insurge contra suposto excesso contido em edital que limita a participação dos interessados eis que solicitado atestado com capacidade técnica profissional acima de 50 toneladas dia, no entanto, já no tópico seguinte, reclama a ausência da exigência em edital, da comprovação de capacidade técnica operacional.

Consta do Edital de Concorrência nº 01/2018:

4.3 - Quanto à Qualificação Técnica:

4.3.1 Atestado de Capacidade Técnico-Profissional de Engenheiro Civil/Ambiental e/ou Sanitarista, expedido por pessoa jurídica de direito privado ou por órgão da Administração Direta ou Indireta da União, dos Estados ou dos Municípios, em nome de profissional comprovadamente integrante do quadro permanente da proponente como empregado ou como sócio administrador da sociedade, comprovando ter o referido Profissional, sido responsável técnico pela execução de serviços de natureza pertinente com o objeto licitado compreendendo no mínimo os seguintes serviços:

a) Gerenciamento do destino final dos resíduos sólidos domiciliares/comerciais, com volume mínimo de 50 toneladas por dia, através da operação, manutenção e monitoramento em aterro sanitário.

4.3.2 Registro da licitante proponente e de seu Responsável Técnico, perante o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA.

4.3.3 Os Atestados de capacidade técnico-profissional apresentados deverão ser registrado(s) no CREA e acompanhados da certidão de Acervo Técnico (CAT).

4.3.3.1 A referida comprovação técnica-profissional dar-se-á através da comprovação pela licitante proponente de possuir em seu quadro técnico permanente, profissional de nível superior detentor de atestado(s) técnico(s) comprovando ter executado os serviços acima relacionados. O profissional indicado será o supervisor e responsável técnico pelos trabalhos na sua área nos termos do item 4.3.1.

4.3.4 A comprovação de que o(s) responsável (s) técnico(s), detentor(es) dos atestado(s) pertencem ao quadro permanente da empresa ou que esteja a ela vinculado se fará através da apresentação de um dos documentos abaixo listados:

Avoca a denunciante o art. 30 da Lei 8.666/93, o qual, é oportuno relembrar, constitui-se em rol máximo que poderá ser exigido; e não, portanto, em listagem mínima, a ser obrigatoriamente requisitada em toda e qualquer situação.

Pois bem. Da leitura simples do artigo referenciado, é possível identificar que a qualificação técnica poderá ser comprovada em dois aspectos: um relacionado à estrutura da licitante/empresa

que participará de determinado certame licitatório; e, outro, concernente aos profissionais que integram a empresa participante da licitação; os quais conformam, respectivamente, as chamadas capacidade técnico-operacional e, a capacidade técnico profissional, conforme restará adiante explicitado.

Contudo, antes de debruçar a presente análise sobre estes dois vieses tão debatidos no âmbito da qualificação técnica; não se pode deixar de pontuar que o art. 30 da Lei 8.666/93 igualmente menciona que, para a comprovação daquela, poderá ser exigida tanto a "comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação" (art. 30, inc. II); quanto a "prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso" (art. 30, inc. IV); às quais, nesta oportunidade se propõe denominar como sendo afetas à demonstração da qualificação técnica geral, por parte dos licitantes.

Vejamos, pois, os caracteres conformadores, bem como, a documentação comprobatória respectiva, relativamente à comprovação das capacidades técnico-operacional e profissional, mote do presente estudo, conforme segue.

a) capacidade técnico-operacional: a qual pode ser compreendida como a "estrutura que a empresa possui para realizar o empreendimento (equipamentos, equipe técnica, conhecimento do problema, fornecedores etc.) e deve ser comprovada por meio da experiência da empresa na realização de contratos de obras similares". Ou seja, a exigência de capacidade técnica operacional "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".

Em resumo, a capacidade técnica operacional consubstancia-se na “habilidade do sujeito de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório” do objeto a ser contratado; tendo sido objeto de disciplina específica por meio do art. 30, incs. I e II, c/c §§ 3º e 4º, da Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

(...)

§3º. Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou **atestados** de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§4º. Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de **atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado** (sem grifos no original).

Portanto, à luz do disposto nos comandos normativos supracitados, é possível afirmar que a comprovação da capacidade técnico-operacional, quando demandada, deverá ser procedida mediante apresentação de:

- Registro da licitante junto à Entidade profissional competente;
- Atestados de Capacidade Técnica emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado;
- Relação explícita e declaração formal da disponibilidade das instalações de, por exemplo, canteiros, máquinas e equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, sob as penas cabíveis, vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia (Lei 8.666/93, art. 30, §6º).

b) capacidade técnico-profissional: "está relacionada ao aspecto intelectual dos profissionais que compõem o quadro permanente da empresa, ou seja, a experiência que esses profissionais possuem na execução anterior de empreendimentos similares em complexidade à obra licitada". Via de regra, essa comprovação dar-se-á por meio de:

- indicação da "existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela Administração", tendo como fundamento o disposto no inc. I, do §1º, do art. 30, da Lei 8.666/93, nos seguintes termos:

Art. 30 - (...) *Omissis*.

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta ,**profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido**

pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos (sem grifos no original).

Trata-se, portanto, da figura do responsável técnico, o qual, à luz do disposto no inc. I, do art. 30, da Lei 8.666/93, supracitado, deverá integrar os quadros permanentes da empresa licitante, bem como, deverá ser detentor de Atestado de Responsabilidade Técnica que comprove a anterior execução de obra ou serviço de características semelhantes àquelas do objeto licitado.

No que diz respeito à comprovação de ter executado, anteriormente, obra ou serviço de características semelhantes àquelas do objeto licitado, por sua vez, conforme já anteriormente pontuado, o inc. I, do art. 30, da Lei 8.666/93 estabelece que tal demonstração deverá ser procedida por meio de Atestado de Responsabilidade Técnica.

Contudo, para além das disposições da Lei 8.666/93, relativamente à comprovação da condição do responsável técnico, especificamente quanto à execução de obras e serviços de engenharia (mas cujas diretrizes podem ser transpostas à comprovação da execução de objetos de uma forma geral), há que se considerar o que disciplina a Resolução 1.025/09 (CONFEA) (que dispõe sobre a Anotação de Responsabilidade Técnica e o Acervo Técnico Profissional). *In verbis*:

Resolução 1.025/09 (CONFEA)

Art. 2º - **A ART é o instrumento que define, para os efeitos legais, os responsáveis técnicos pela execução de obras ou prestação de serviços relativos às profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea.**

Art. 47 - **O acervo técnico é o conjunto das atividades desenvolvidas ao longo da vida do profissional** compatíveis com suas atribuições e registradas no Crea por meio de anotações de responsabilidade técnica.

Art. 49 - **A Certidão de Acervo Técnico - CAT é o instrumento que certifica, para os efeitos legais, que consta dos assentamentos do Crea a anotação da responsabilidade técnica pelas atividades consignadas no acervo técnico do profissional.**

Art. 52 - **A CAT, emitida em nome do profissional** conforme o Anexo II, deve conter as seguintes informações...

Art. 55 - **É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica.**

Parágrafo único. A CAT constituirá prova da capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico (sem grifos no original).

Considerando isto, é possível concluir que tanto a CAT, quanto a ART, aludem à comprovação da execução de certo empreendimento,

por parte de determinado profissional engenheiro (no caso da CAT, aliás, de mais de um empreendimento).

Por conseguinte, defende-se que ambos os documentos poderão ser utilizados para a comprovação da qualificação técnico-profissional, em processos licitatórios. Entendimento proposto este, aliás, que se afeiçoa ao escólio doutrinário de Marçal JUSTEN FILHO, para quem: "em princípio, a CAT é o documento adequado para comprovar a qualificação técnica profissional".

Isto, ressalve-se, a despeito da Lei 8.666/93, em seu art. 30, §1º, inc. I, de um lado, ao tratar da matéria, faz menção expressa tão somente à figura do "Atestado de Responsabilidade Técnica". E, de outro lado, a despeito da Resolução 1.025/09 (CONFEA) fazer menção expressa tão somente à CAT.

A apresentação da relação explícita do pessoal técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação e da declaração formal da sua disponibilidade, nos moldes do que dispõe o inc. II, do art. 30, da Lei 8.666/93 c/c o §6º deste mesmo artigo, assim assentados:

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

(...)

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

(...)

§6º. As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia (sem grifos no original).

Trata-se, portanto, da equipe técnica que se responsabilizará pela futura execução do objeto licitado.

Certo é que as empresas NÃO possuem acervo técnico propriamente dito.

Conforme o Art. 48 da Resolução nº 1025/09 do CONFEA, a pessoa jurídica terá a capacidade técnico-profissional representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico.

Parágrafo Único: A capacidade técnico-profissional de uma pessoa jurídica varia em função da alteração dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro técnico”.

Nesse sentido, não há qualquer omissão no edital de concorrência pública nº 01/2018, que possa trazer prejuízo à futura execução dos serviços. Certo é que documentos atinentes à qualificação econômica financeira, aliados, aos atestados exigidos, composição de custos e demais documentos exigidos dos licitantes, são fatores que, conjuntamente afastarão os riscos

da não atenção ao objeto licitado quando do desempenho das atividades descritas. A exigência que alega a denunciante ser essencial, quando muito, é complementar, haja vista, dentre os vários motivos, não ser a empresa detentora de acerto técnico, logo, fazendo-se sem força vinculante e probatória o atestado de capacidade técnica operacional da empresa.

Por fim, insta esclarecer que a Constituição da República, no inciso XXI do art. 37, prescreve que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de ser devidamente justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, em homenagem ao princípio da legalidade. Ademais, devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar restrição ainda maior à competitividade no certame.

5. Da vedação a participação de empresas em recuperação judicial

É exigência comum a todo e qualquer processo licitatório e redação usual, da mais simples intelecção, sem qualquer exigência de interpretação, a contida no item 4.4.1 do edital em comento, que se transcreve:

4.4.1. Certidão Negativa de Falência, Recuperação Judicial ou Extrajudicial, Concordata expedida dentro dos 90 (noventa) dias antecedentes à data de abertura desta licitação ou segundo as disposições contidas no documento acerca do prazo de validade dele, admitindo-se certidões digitais.

Não há no edital qualquer restrição a participação das empresas em processo de recuperação judicial, o que se exige é a CERTIDÃO,

a qual, conforme bem sabido, visa atestar o estado de coisa, ou seja, a causa, motivo, razão ou circunstância da empresa em eventual processo de recuperação judicial.

De mais a mais a expressão "negativa" constante do item 4.4.1 do edital, apenas faz reproduzir a Lei das Licitações em seu artigo 31, inciso II:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

...

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Assim, por tudo que exposto, pede-se e requer.

- a) Que seja recebida a presente defesa;
- b) Que seja autuada;
- c) No mérito que seja julgada totalmente improcedente a denuncia em face do defendente;

Pretende provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, em especial prova pericial.

Termos em que,

Pede deferimento.

João Monlevade/MG, 02 de novembro de 2020.

Cristiano Prates Leite dos Reis

OAB/MG 126.481