



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

PROCESSO Nº: 801288

NATUREZA: Denúncia

DENUNCIANTE: Damiani Soluções de Engenharia Ltda.

DENUNCIADA: Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA

RELATOR: Conselheiro Wanderley Ávila

Excelentíssimo Senhor Relator,

I - RELATÓRIO

Versam os autos sobre denúncia formulada por Damiani Soluções de Engenharia Ltda., em face da Concorrência Pública DVLI. 1020090031, do tipo Menor Preço, em regime de empreitada por preço global, lançada pela COPASA, cujo objeto é a implantação de sistema de ar condicionado, incluindo fornecimento e instalação de todos os equipamentos, a execução das obras civis necessárias à sua total implantação, a elaboração dos projetos executivos compatibilizados com o *layout* do pavimento e o respectivo *as built*, de acordo com os projetos básicos e as especificações técnicas dos equipamentos, discriminados nos anexos da Especificação Particular, para beneficiamento dos edifícios denominados SEDE E COPE da Entidade epigrafada.

A denunciante acostou aos autos, juntamente com sua peça introdutória de fls. 1 a 50, a documentação de fls. 51 a 698, dentre a qual se encontra a cópia do instrumento convocatório (fls. 109 a 121).

A denúncia aponta, em síntese, irregularidade no procedimento licitatório epigrafado que inabilitou o denunciante por não atender aos seguintes itens do Anexo I do edital: item 5, relativo à caução para a garantia de proposta (subitem 7.1.1), e item 1.2,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

relativo à qualificação técnica, referente à capacitação técnico-profissional e técnico-operacional; bem como item 1.3 do Anexo 5, que se refere à Análise de Conformidade.

Os documentos foram recebidos como denúncia, tendo sido determinada a respectiva autuação e distribuição (fl. 699).

Entendeu a Relatora, consoante notas taquigráficas de fls. 706 a 709, pelo sobrestamento do feito até que fosse proferida decisão definitiva pelo Poder Judiciário, considerando que fora ajuizada pela denunciante Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela nº 0024.09.588.651-1, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, versando sobre a mesma matéria.

Decidiu a Primeira Câmara, entretanto, em sessão de 3/8/2010, pelo prosseguimento da tramitação dos autos, vencida a Relatora, conforme Acórdão de fl. 745.

Conclusos, determinou a Relatora a intimação do Presidente da COPASA, para que enviasse ao Tribunal cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame em apreço, bem como informasse o estágio atual do procedimento licitatório, remetendo cópia do respectivo contrato, caso tivesse sido firmado, assim como cópia dos documentos comprobatórios de eventuais pagamentos realizados (fls. 747/748).

Intimado, o Diretor Presidente da COPASA apresentou a documentação de fls. 756 a 2707.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à 2ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual para exame, consoante despacho de fl. 2709, o que foi procedido às fls. 2710 a 2747.

Concluiu a Unidade Técnica que as razões que motivaram a empresa denunciante Damiani Soluções de Engenharia Ltda. não encontram respaldo nos documentos apresentados, observando, entretanto, que a COPASA fez constar exigência excessiva no item 1.2 do Anexo I do edital, no sentido de que os atestados de capacidade



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

técnico-profissional fossem emitidos em nome do profissional comprovadamente integrante do quadro permanente da proponente.

Por fim, concluiu pela improcedência da denúncia e recomendação à COPASA para que evitasse, em seus editais, exigências que extrapolem o previsto legalmente.

Vieram os autos a este *Parquet*, para emissão de parecer, nos termos regimentais.

É o relatório, no essencial.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Após análise da denúncia e dos documentos carreados aos autos, diverge este *Parquet* da conclusão externada pela Unidade Técnica em seu relatório de fls. 2710 a 2747, pelas razões a seguir consignadas.

Este Ministério Público de Contas verificou que a análise procedida pela Unidade Técnica não foi exauriente, deixando de apontar todas as falhas constantes do instrumento convocatório.

Constatou-se, após exame do edital, a existência de outros vícios que comprometem a regularidade do certame, em evidente afronta aos dispositivos da Lei nº 8.666/93.

Entende este Ministério Público que, por dever de ofício, atinente ao efetivo exercício do controle externo, não pode esse Tribunal limitar-se a examinar a procedência de eventuais irregularidades denunciadas, desincumbindo-se de analisar os atos que lhe são postos para fiscalização, em sua inteireza. Deve, outrossim, exaurir a sua competência fiscalizatória, verificando se os atos inquinados encontram-se em condições de subsistirem nos termos em que foram produzidos, sem ferir os princípios constitucionais a que se sujeitam e, principalmente, direitos fundamentais de tutela obrigatória pelas Cortes de Contas. Isso porque, não vigora no âmbito dos Tribunais de



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Contas o princípio da inércia. Sua competência (poder-dever) deve ser exercida de ofício, não se achando adstrita à provocação, nem tampouco aos limites nela estabelecidos.

Assim, preliminarmente, passa este Órgão Ministerial a expor as razões da divergência de entendimento com as conclusões do Órgão Técnico, para, então, considerando o princípio da economia processual, indicar os apontamentos complementares, utilizando-se da prerrogativa que lhe foi conferida pelo art. 61, § 3º, da Resolução nº 12/2008, acrescentado pela Resolução nº 07/2009.

1- Exigência de caução para a garantia de proposta, item 5 do Anexo I do edital:

Alegou a denunciante que fora inabilitada pela Comissão de Licitação em razão do descumprimento do item 5 do Anexo I do Edital, que se refere à garantia de proposta.

A empresa Damiani Soluções de Engenharia Ltda. contratou com o Banco Pottencial S.A. Carta de Fiança (fl. 500) destinada a garantir a sua participação no certame, com prazo de duração de 90 dias. Ocorre que o documento foi emitido pelo banco com termo inicial em 13/03/2009 e a data prevista para entrega dos envelopes era 17/03/2009. Assim, no momento da abertura dos envelopes, a caução apresentada contava com uma validade de 87 dias, o que resultou em sua inabilitação (fl. 7).

Ao analisar o recurso administrativo interposto pela denunciante, a Comissão de Licitação manifestou-se nos seguintes termos (fl. 2648):

- a) Quanto à alegação de que a validade da caução para Garantia da proposta, apresentada com o prazo de 87 (oitenta e sete) dias, está diferente do prazo exigido, ou seja, inferior em 3 (três) dias, na verdade, é uma confissão de que a ora Recorrente, não cumpriu a exigência editalícia constante no item 5, “do Anexo I do Edital, que diz claramente: “Original da caução para garantia da Proposta referida no item 1.4 observadas às disposições dos Capítulos Sétimo e Oitavo do Edital.” Já no item 7.1.1 diz, com todas as letras: “o prazo de validade da Caução para Garantia de proposta, será de 90 (noventa dias) a contar da data de sua entrega...” (grifo nosso)



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Após análise dos documentos, a Unidade Técnica entendeu que, ao não aceitar a Carta de Fiança n. 578077, cujo prazo de duração era inferior ao determinado pelo edital, a COPASA agiu de acordo com os princípios que regem o instituto da licitação, notadamente os princípios da legalidade, da isonomia e da impessoalidade, concluindo, em suma, que não assistia razão à licitante quanto a este item.

Na ótica deste *Parquet*, diversa do entendimento da Unidade Técnica, com amparo nos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, assiste razão ao denunciante, pelas razões que passa a expor.

Constata-se que, no momento da abertura dos envelopes contendo os documentos de habilitação, o documento atacado encontrava-se vigente, estando apto, portanto, ao fim a que se destinava, qual seja, de garantia de proposta. Some-se a isso o fato de que os argumentos trazidos pelo denunciante para demonstrar que os fins propugnados não deixaram de ser atingidos são plenamente plausíveis, vez que apresentara caução suficiente para garantir a proposta e a diferença de prazo de duração da caução exigida (três dias) justificava-se por questão de ordem formal atinente à data em que fora celebrada. Ademais, a falha formal se confirma quando, em sede recursal, a denunciante apresenta termo aditivo de prorrogação de vencimento da carta de fiança (fl. 581), reforçando a tese de que fora atendida a pretensão da Administração.

Vale transcrever excerto do entendimento de MARCELO COSTA E SILVA LOBATO¹, Advogado da União - AGU e Coordenador-Geral de Matéria Administrativa e Consultor Jurídico Substituto do Ministério da Integração, em publicação acerca dos Limites de atuação das Comissões de licitações públicas:

Destarte, as formas do processo administrativo licitatório estabelecidas na Lei nº 8.666/93 devem ser observadas para garantia da isonomia, do julgamento objetivo e da vinculação ao edital.

É verdade que a forma, conforme visto, não deve ser galgada a um patamar absoluto, intransponível, que possui o condão de, por si só, inadmitir atos do

¹ LOBATO, Marcelo Costa e Silva. *Limites de atuação das Comissões de licitações públicas*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.40985&seo=1>>. Acesso em: 01 abr. 2014.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

particular ou invalidar atos da Administração Pública. Assim, **uma vez observados os princípios licitatórios, mormente o da isonomia, atingindo o ato** (do particular ou da Administração Pública) **os fins a que se destinava, tem-se por incabível a sua inadmissão, sob pena de se adotar o formalismo exagerado.** (grifo nosso)

Como se vê, o resguardo da isonomia no processo licitatório, e, por decorrência, dos princípios da vinculação ao edital, do julgamento objetivo e do formalismo moderado, inibe a ilegalidade e põe a salvaguarda a probidade e moralidade administrativa.

[...]

Além disso, o princípio da formalidade moderada assegura que a forma não pode se tornar um fim em si mesmo. Desse modo, vícios exclusivamente de forma devem ser superados pela Comissão.

Sendo assim, à luz do entendimento jurisprudencial e da doutrina pátria, é lícito o saneamento do erro que recai sobre aspecto essencialmente secundário ou acessório da proposta. Somente nesta hipótese é que se admite a superação do vício, sob o propalado princípio do formalismo moderado e do postulado da razoabilidade.

De outro lado, recaindo o erro em elemento material da proposta, portanto, substancial, não se pode falar em mero erro formal a clamar pela superação. Neste caso, em apreço ao tratamento isonômico e aos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo, a medida é a desclassificação.

No mesmo sentido, LUCAS ROCHA FURTADO² destaca que “a desconformidade ensejadora da desclassificação de uma proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos licitantes.”

Ainda, segundo o mencionado autor,

É certo que se o instrumento convocatório de uma licitação impõe determinado requisito, deve-se reputar como relevante tal exigência. Esse rigor não pode ser aplicado, no entanto, de forma a prejudicar a própria Administração. A respeito desse assunto, o Tribunal de Contas da União manifestou-se nos seguintes termos:

(...) o rigor formal não pode ser exagerado ou absoluto. (...) o princípio do procedimento formal não significa que a Administração deva ser formalista a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou julgamento, ou inabilitar licitantes ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou

² FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 509.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

irregularidades na documentação ou na proposta, desde que tais omissões sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes.

Os tribunais têm se posicionado no sentido ora apresentado, como se vê pelos seguintes julgados:

2. Segundo a representante, não se cumpriu a cláusula 8.2.0 do Edital, que exigia, entre outras **Declarações, o Certificado de Boas Práticas de Fabricação** - CBPF para linhas de medicamentos em sua vigência, complementando que o CBPF da Saneativo, no ato da disputa, **estava vencido**.

3. No entanto, a unidade técnica constatou que o Hospital Universitário Antônio Pedro - HUAP, representado pela pregoeira, havia rejeitado a intenção de recurso apresentado pela Indústria Farmacêutica Rioquímica Ltda., em razão da empresa vencedora, Saneativo, ter apresentado, no prazo para envio da documentação de habilitação, o CBPF mencionado, e o relatório técnico da Vigilância Sanitária com conclusão da inspeção declarada SATISFATÓRIA, datada de 28/5/2009 (RDC 66/07), **não sendo razoável, portanto, sua desclassificação, por excesso de formalismo, já que restou comprovada a qualidade daquele que ofertou o menor preço**.

4. Preliminarmente, cabe conhecer da presente representação, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU. No mérito, acolho as razões apresentadas pela unidade técnica.

5. De fato, a administração não poderia prescindir do menor preço, apresentado pela empresa vencedora, por mera questão formal, considerando que a exigência editalícia foi cumprida, embora que de forma oblíqua, sem prejuízo à competitividade do certame.

6. Sendo assim, aplica-se o princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas ainda as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, tudo de acordo com o art. 2º, § único, incisos VIII e IX, da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (Acórdão 7334/2009, 1ª Câmara – TCU, Relator Ministro Augusto Nardes. Julg. dia 8/12/2009)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CORREÇÃO DE IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. **PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO**. - Os esclarecimentos prestados pelo licitante para a confecção da planilha dos valores não interferiram nas propostas apresentadas pelos interessados, nem mesmo causaram prejuízos aos demais licitantes na licitação do tipo menor preço. - Improcedência da pretensão, tendo em vista o respeito aos **princípios** legais que regem a licitação, notadamente o do **formalismo moderado**.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

NEGADO SEGUIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70051792612, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 11/10/2013)

Ementa: AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CORREÇÃO DE IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. **PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO.** - Os esclarecimentos prestados pelo licitante para a confecção da planilha dos valores não interferiram nas propostas apresentadas pelos interessados, nem mesmo causaram prejuízos aos demais licitantes na licitação do tipo menor preço. - Improcedência da pretensão, tendo em vista o respeito aos **princípios** legais que regem a licitação, notadamente o do **formalismo moderado.** AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70057114928, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 14/11/2013)

Ementa: APELAÇÃO. LICITAÇÃO. MELHOR TÉCNICA COM PREÇO FIXADO NO EDITAL. DIVISÃO DO OBJETO EM LOTES. CONSÓRCIO NÃO VERIFICADO. SIGILO DAS PROPOSTAS E CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME PRESERVADOS. ARTIGOS 5, IV E 9º DA LEI Nº 8.987/95. ART. 46 DA LEI 8.666/93. [...] APRESENTAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL ATUALIZADO. PROVA DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA. CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA EMITIDA POR COMARCA DIVERSA DA SEDE DA LICITANTE. DADOS INTEGRADOS. COMPROVAÇÃO DA IDONEIDADE FINANCEIRA. A apresentação de contrato social desatualizado no envelope n.º 02 não é causa para a inabilitação da licitante se as últimas alterações foram apresentadas no envelope n.º 01. Mera **formalidade.** A certidão negativa de falência, concordata e recuperação judicial e extrajudicial é emitida com base nos dados das comarcas integradas. A certidão apresentada pela licitante atende ao fim almejado pelo legislador no art. 31 da Lei nº 8.666/93, bem como pelo administrador no item 6.1.5.1 do edital, qual seja, a comprovação da idoneidade financeira e da capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato. DESCUMPRIMENTO DO EDITAL. **PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO.** PREPONDERÂNCIA DO **PRINCÍPIO** DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Apontamentos com fundamento em **formalidades** excessivas sucumbem diante da preponderância do **princípio** da busca pela obtenção da maior vantagem para as contratações da administração pública. Observados os **princípios** da razoabilidade e da instrumentalidade das formas, bem como o interesse público, é de ser reconhecida a legalidade dos atos de habilitação. Precedentes do TJRS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. Majoração dos honorários advocatícios, em atenção aos parâmetros do art. 20, § 3º e § 4º, do CPC. APELAÇÃO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. RECURSO ADESIVO PROVIDO. DECISÃO



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70058177767, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 17/03/2014)

Infere-se das decisões colacionadas que a jurisprudência vem impondo o afastamento do formalismo exagerado, protegendo a isonomia do certame e propiciando a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, sendo lícito o saneamento de erro que recaia sobre o aspecto essencialmente secundário ou acessório da proposta.

Por fim, encampa esse posicionamento a tese apresentada pelo Douto Juízo da 3ª Vara Estadual de Fazenda Estadual e Autarquias, na Ação Ordinária com pedido de Antecipação de Tutela, fl. 690 dos autos, segundo a qual

Admite-se a relevância da alegação, amparada em prova inequívoca (f. 523), de que, em sede de recurso administrativo, foi apresentado termo aditivo de prorrogação do vencimento da carta de fiança (f. 523). Assim, para fins de apreciação do pedido de concessão liminar, não aparenta razoável a inabilitação da Requerente só por esse fundamento, considerado isoladamente, em atenção ao princípio de que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans griefe*).

Conclui este *Parquet*, pelo exposto, que não se mostra razoável a inabilitação da denunciante no que se refere à inobservância do item 1.4 do edital.

Lado outro e para espancar de dúvida a indevida inabilitação da denunciante em decorrência do fato supracitado, deve ser ressaltado que a Administração cercou-se de outras exigências/garantias com o intuito de aferir a qualificação econômico-financeira dos licitantes, além da prevista no mencionado item, contemplando o edital as seguintes exigências:

5. Original da caução para garantia da Proposta referida no item 1.4 observadas as disposições dos Capítulos Sétimo e Oitavo do Edital.

7.1.1 O prazo de validade da Caução para Garantia da proposta será de 90 (noventa) dias a contar da data da sua entrega, sujeita à prorrogação, no caso de prorrogação do prazo de validade da proposta.

7.2 Para garantia de execução do Contrato a empresa vencedora da licitação deverá prestar uma caução correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

2.2. Comprovação de possuir, na data de abertura das propostas, Patrimônio Líquido ou Capital Social, igual ou superior a **R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais)**.

Assim, constata-se que a Administração cumulou no edital a exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo ou capital social mínimo e garantia contratual, o que vai de encontro ao disposto no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que assim prescreve:

Art. 31.....

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo **ou** de patrimônio líquido mínimo, **ou** ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, **como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato** a ser posteriormente celebrado. (g.n.)

O texto legal deixa patente a alternatividade das exigências para garantia do adimplemento contratual. Portanto, não há como se exigir, cumulativamente, duas das garantias previstas no transcrito dispositivo normativo.

As garantias mencionadas são exigências alternativas e a fixação excessiva de requisitos a serem observados pelos interessados termina por frustrar o caráter amplo e competitivo das licitações, como se depreende dos excertos das decisões elencadas a seguir:

[...] merece registro a decisão proferida pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, consubstanciada no Acórdão n. 170/2007, de relatoria do ministro Valmir Campelo: **'É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a [comprovação] [...] da qualificação econômico-financeira dos licitantes'**. Na mesma esteira, aquela Corte de Contas manifestou, em linhas gerais, no Acórdão n. 808/2003 e na Decisão n. 681/1998, que as hipóteses previstas em lei não são cumulativas, mas permitem, tão somente, uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Assim, não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei. Frisou-se, ainda, que o objetivo da lei foi evitar que fossem efetuadas imposições demasiadas, que porventura ensejassem a inibição do caráter competitivo do certame. Ademais, vale citar



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

decisum do Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido: 'O artigo 31, §2º, da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado' (Resp n. 822.337/MS, 1ª T., Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 1º.6.2006, p. 168 [Denúncia nº 751.534. Relator Conselheiro Eduardo Carone Costa. Sessão do dia 05/06/2008.

A esse respeito, conveniente transcrever e adotar como razão de decidir os fundamentos contidos no parecer do destacado Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira: “*No que se refere a um ‘possível excesso de rigorismo na exigência de documentos para comprovação na capacidade econômico-financeira dos proponentes’, é de se concordar com o Douto Juízo singular, eis que a cumulatividade de exigências acaba criando restrições e limitando a competitividade entre os licitantes, o que é incompatível com o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal e vedado pelo §2º do art. 31 da Lei n. 8.666/93, nos seguintes termos:*

[...]

Como se vê, a própria lei de regência determina a alternância de exigências, cabendo à Administração Pública, dada a sua discricionariedade, optar por aquela que melhor apure a capacitação econômico-financeira de cada proponente, e não exigi-las concomitantemente, como é o caso dos autos.” (TJSC. AI nº 2008.042094-5, 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Newton Janke. Julg. 9.12.2008)³

Tal conclusão não decorre apenas da interpretação literal da lei, mas, também, da finalidade a que se destina a exigência de capital social, patrimônio líquido mínimo ou garantia prevista no art. 56 da Lei 8.666/93. Todas essas formas de aferição da qualificação econômico-financeira têm a mesma finalidade, qual seja, garantir que a empresa que se sagrar vencedora no certame tenha disponibilidade de recursos para a satisfatória e fiel execução do objeto da contratação.

Para tanto, deve a Administração eleger qual forma de garantia de execução mostra-se mais adequada diante de cada caso concreto, mas nunca cumulá-las, sob pena de violar o art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, e restringir indevidamente a competitividade no procedimento licitatório.

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 463.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

In casu, constata-se que a denunciante apresentou o patrimônio líquido de **R\$2.921.041,32 (dois milhões novecentos e vinte e um mil quarenta e um centavos e trinta de dois centavos)**, fl. 504, superior ao montante de **R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais)**, fl. 141, exigido pelo item 2.2 do edital.

Desse modo, ainda que prevalecesse a inabilitação da denunciante no que se refere ao item 1.4 do edital, o patrimônio líquido apresentado pelo licitante seria suficiente para comprovar a sua qualificação econômico-financeira, atendendo, portanto, aos exatos termos do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Por todo o demonstrado, entende este *Parquet* ser procedente este item da denúncia.

2- Exigência de que os atestados de capacidade técnico-profissional fossem emitidos em nome do profissional comprovadamente integrante do quadro permanente da proponente, item 1.2 do Anexo I do edital:

O edital consignou no subitem 1.1.1 que os licitantes deveriam designar, dentre os responsáveis técnicos da empresa, um **engenheiro** para efetuar a visita técnica no local da execução das obras (fl. 138), e ainda comprovar o **vínculo existente entre a proponente e o profissional indicado como Responsável Técnico**, subitens 1.2 e 1.2.2 (fls. 138/139).

Entretanto, tais exigências vão de encontro ao disposto no § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, senão vejamos:

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

(...)

§ 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. (g.n)

Cumprido ressaltar que o art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93 permite ao administrador exigir daqueles que tenham interesse em contratar com o Poder Público



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

que demonstre possuir capacidade para executar o objeto do ajuste. Os parágrafos do citado dispositivo legal estabelecem, ainda, as formas como se poderá exigir a prova da capacitação técnica do licitante, para fins de habilitação no certame.

Ao dispor sobre o atestado de capacidade técnico-profissional, item 1.2, o edital consignou, ainda, a necessidade de comprovação de que o profissional integrasse o quadro permanente da proponente como empregado ou como sócio administrador da sociedade, desta feita exigindo comprovação por parte da empresa da existência de vínculo do pessoal técnico indicado para a execução do contrato, exigência que também não encontra guarida no § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

A doutrina e a jurisprudência têm se posicionado pela ampliação do conceito da expressão “quadro permanente” prevista no inciso I do §1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, entendendo que a interpretação literal do dispositivo tem se mostrado excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame.

MARÇAL JUSTEN FILHO⁴ assim se posiciona sobre o assunto:

Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configura como uma modalidade de distorção: o fundamental, para a administração pública, é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus trabalhos por ocasião da execução do futuro contrato. É inútil, para ela, que os licitantes mantenham profissionais de alta qualificação empregados apenas para participar da licitação. É suficiente, então, a existência de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

Aliás, essa é a interpretação que se extrai do próprio art. 30, quando estabelece que as exigências acerca de pessoal qualificado devem reputar-se atendidas mediante mera declaração de disponibilidade apresentada pelo licitante. Como justificar entendimento diverso a propósito dos profissionais de maior experiência? Não se afigura existente alguma resposta satisfatória para tal indagação.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 515.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

No que se refere à impropriedade da exigência de que a visita técnica seja realizada pelo responsável técnico da empresa, JOEL DE MENEZES NIEBUHR⁵ trouxe à lume os seguintes excertos:

Acerca da exigência de que a visita técnica fosse feita pelo responsável técnico, posiciono-me no sentido de sua ilegalidade, pois a Lei nº 8.666/93, em seu art. 30, inciso II e §1º, inciso I, exige o profissional habilitado somente na entrega das propostas. (TJMG. Reexame Necessário em MS nº 1.0686.08.210411-4/000(1), 3ª Câmara Cível. Rel. Albergaria Costa. Julg. 16.4.2009)

À luz de tal aresto, verifica-se que a restrição editalícia supra transcrita se mostra ilegal. Da mesma forma, verifica-se ser descabida a exigência da visita por engenheiro civil responsável técnico da empresa, conforme abaixo demonstrado. (...)

Todavia, não há supedâneo legal para se exigir que tal visita seja realizada por engenheiro civil responsável técnico da empresa, que necessariamente deve apresentar seu registro junto ao CREA. É que a “qualificação dos membros da equipe técnica”, nos termos do artigo 30, II, § 2º, da Lei nº 8.666/93, só é exigida na fase da entrega das propostas, e não em momento pretérito (data da visita técnica). (TJMG. Reexame Necessário em MS nº 1.0024.05.698504-7/007(1), 2ª Câmara Cível. Rel. Brandão Teixeira. Julg. 18.8.2009)

A decisão exarada nos autos de nº 875.345⁶ deixa patente a ilegalidade da exigência de que os profissionais possuam vínculo empregatício com a empresa licitante:

[...] a exigência de que os profissionais possuam vínculo empregatício com a empresa licitante está em desconformidade com o art. 30, II, da Lei n. 8.666/93, que determina tão somente a indicação da disponibilidade do pessoal técnico e equipamentos, a serem apresentados em momento oportuno. [...] cumpre destacar que a Lei n. 8.666/93, em seu art. 30, § 1º, I, autoriza a exigência editalícia de que as sociedades participantes do certame comprovem possuir, em seus quadros permanentes, profissional de nível superior ou equivalente na qualidade de responsável técnico. No entanto, deixou de definir o conceito de “quadros permanentes”, o que ficou a cargo da doutrina e jurisprudência. [...] esta Corte de Contas em diversas assentadas tem decidido no sentido ser restritiva a exigência de vínculo empregatício com a empresa licitante para a comprovação de capacidade técnico-profissional, conforme destaco a seguir: [...], considero que a exigência constante do item [...] do

⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 430.

⁶ *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – A Lei 8.666/93 e o TCEMG*. Edição especial. Belo Horizonte. p. 191/192.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

edital, de que a capacidade técnico-profissional seja comprovada por meio de profissional com vínculo empregatício com a empresa licitante, é restritiva ao caráter competitivo da licitação contrariando o art. 3º, caput, §1º, I, e o art. 30, §5º, da Lei nº 8.666/93.

A esse respeito, vale mencionar posicionamento do TCU externado por meio do Acórdão nº 1393/2010 - Plenário, rel. Ministro Raimundo Carreiro, 16.06.2010, no sentido de que “a exigência de vínculo empregatício entre licitantes e profissionais responsáveis técnicos pela prestação do serviço exorbita as normas aplicáveis e prejudica o caráter competitivo do certame”.

Do mesmo modo, determinou o TCU (Acórdão 80/2010 - Plenário) que “abstenha-se de exigir, como condição de qualificação técnica, que os licitantes possuam em seu quadro permanente, os profissionais com as certificações requeridas.”

Como se vê, não se pode estabelecer exigências não previstas em lei e que impliquem, para o seu atendimento, em gastos por parte dos licitantes, as quais, para efeito de participação no certame, mostram-se desnecessárias, frustrando e restringindo a ampla competitividade, princípio basilar que deve nortear os procedimentos licitatórios. E, como é cediço, em matéria de hermenêutica, as restrições não comportam interpretações extensivas.

Posto isso, em que pese o entendimento externado pela Unidade Técnica, fl. 2746, de que essa exigência é desarrazoada, mas que é possível inferir que não houve prejuízo, entende este Ministério Público que as exigências constantes dos itens 1.1.1, 1.2 e 1.2.2 reputam-se ilegais, por consignarem regras que exorbitam a indispensável garantia do cumprimento das obrigações contratuais, implicando em limitação indevida ao caráter competitivo da licitação.

3- Exigência constante do item 1.3 do Anexo 5 - Análise de Conformidade:

Dispôs o edital que a listagem para Análise de Conformidade deveria ser preenchida totalmente, com a especificação dos equipamentos propostos (Anexo 5).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Entendeu a Unidade Técnica, fl. 2734, que ficou evidenciado nos autos o fato de a empresa Tecnoclima Engenharia Ltda., responsável pelos projetos básicos e análise da conformidade dos equipamentos, ter emitido o parecer técnico sobre os produtos ofertados pelos licitantes. E, com base nesse parecer, a Comissão de Licitação da COPASA MG promoveu o julgamento do certame. Concluiu, assim, a Unidade Técnica que:

Se os projetos básicos estavam maculados, ou seja, conduziam a aquisição de serviços e equipamentos específicos de determinada marca ou modelo, não há como se apurar neste processo este fato, uma vez que a denunciante não apresentou provas que o refutem.

Infere-se da conclusão alcançada pela Unidade Técnica que não foi efetuada uma análise dos projetos de modo a verificar se houve, de fato, direcionamento para a aquisição de uma determinada marca ou modelo. Imputar tal responsabilidade à denunciante é um verdadeiro contracenso, vez que essa Casa dispõe de corpo técnico altamente qualificado que pode (e deve) proceder a este tipo de análise.

Desse modo, os autos deverão ser devolvidos ao Órgão Técnico, para que a unidade competente realize a Análise de Conformidade do Anexo 5, a fim de que seja verificada a pertinência do item denunciado.

Em aditamento à denúncia, valendo-se da prerrogativa que lhe é conferida pelo art. 61, § 3º, da Resolução nº 12/2008, passa este Órgão Ministerial a apontar outras irregularidades verificadas a partir de uma análise criteriosa do edital em apreço, cumprindo elencá-las:

- 1 - ausência de justificativa para os índices contábeis adotados;
- 2 - visita técnica em dia e hora marcados;
- 3 - exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita;
- 4 - exigência de regularidade junto ao CREA;
- 5 - exigência de quantitativo mínimo em um único atestado;
- 6 - exigência relativa à execução do serviço na fase de habilitação;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

7 - vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos;

8 - vedação à participação de empresas em consórcio; e

9 - vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente.

1 - Ausência de justificativa para os índices contábeis exigidos no item 2.3 do edital (fls. 141/142):

O edital consignou no item 2.3 a necessidade de apresentação de planilha de cálculo da situação financeira da empresa (Anexo III do edital), sob pena de inabilitação dos licitantes, nos seguintes termos:

2.3 Planilha de Cálculo da Situação Financeira da Empresa – ANEXO III, a ser, obrigatoriamente, preenchida, sob pena de inabilitação, com dados do balanço patrimonial do último exercício social, registrados na Junta Comercial da sede da Empresa, demonstrando a pontuação, de no mínimo 4 (quatro), atribuída ao somatório dos índices de Estrutura de Capital, Liquidez Corrente e Liquidez Geral e no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) de Disponibilidade Financeira Atual, calculados da seguinte forma: (...)

É incontroverso na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais que os índices utilizados nos certames devem ser tecnicamente justificados, sob pena de infringência ao disposto no art. 31, §5º, da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, cumpre transcrever escólio de JOEL DE MENEZES NIEBUHR⁷:

Trocando-se em miúdos, deve haver relação de meio e fim entre os índices contábeis e os compromissos que o futuro contratado assumirá. Os índices contábeis prestam-se, pura e simplesmente, a apurar se os licitantes terão, no futuro, condições de cumprir o contrato. Logo, os índices estão atrelados a tal finalidade. Índices contábeis excessivos, que exigem situação econômico-financeira superior à necessária para a execução do contrato, desenharam violação ao princípio da proporcionalidade, além do desvio de finalidade.
(...)

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 407/408.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Também para evitar a manipulação dos índices, o §5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 proíbe que sejam exigidos índices ou valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Os profissionais de contabilidade e economistas são quem devem tecer esclarecimentos mais substanciais em torno dos índices contábeis em espécies, a respeito dos mais usuais, de como apurá-los e mesmo da sua utilidade.

Sobre o tema, veja-se a lição de JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR:

A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação, da qual resultará o texto do edital. Este apenas refletirá o exame e consequente definição de natureza técnica, transmitindo à Comissão elementos bastante para o julgamento objetivo da matéria.⁸

O Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro também se posicionou no mesmo sentido:

A fixação deste índice deve ser acompanhada obrigatoriamente de justificativa, o que em grande parte irá inibir a fixação de índices altos capazes de afastar interessados. Quanto a sua fixação, o setor de contabilidade ou de levantamentos atuariais da entidade promotora do certame é que devem definir. Este trabalho deve ser realizado por técnicos devidamente habilitados, mediante justificativa consubstanciada em laudos que devem fazer parte do processo. (Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, n. 12/93. p. 42-43.)

Antes de tudo, cumpre destacar que a exigência, por si só, de índices contábeis que demonstrem a qualificação econômico-financeira não contraria as normas contidas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O que é vedado é a utilização de índices não usuais, que restrinjam a competitividade do certame.

Por sua vez, a legalidade dos índices apenas pode ser verificada a partir do caso concreto, levando-se em consideração as particularidades do objeto licitado. Assim, é impossível fixar um limite máximo em abstrato, uma vez que, de acordo com a peculiaridade do serviço ou obra a serem realizados, não é ilegal a fixação em patamares mais altos.

⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 430.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Por isso, é de extrema relevância que o administrador fundamente, no procedimento administrativo da licitação, em sua fase interna ou mesmo no Projeto Básico ou Termo de Referência, a escolha dos índices de qualificação econômico-financeira e seu valor, levando-se em conta dados específicos do objeto da contratação. Esse entendimento é corroborado pelo TCU:

O TCU tem, em reiteradas decisões, feito determinação às entidades licitantes no sentido de que incluam, no processo licitatório, as **justificativas para os índices de qualificação econômico-financeira exigidos**, reformulando as disposições constantes do subitem 3.1.5 (Idoneidade Financeira) da minuta de edital, sendo **vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação**, conforme o Art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/1993 e jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdão 112/2002 Plenário; Acórdão 778/2005 Plenário; Acórdão 1519/2006 Plenário; Acórdão 587/2003 Plenário; Acórdão 1668/2003 Plenário; Acórdão 1898/2006 Plenário; Decisão 417/2002 Plenário; Decisão 417/2002 Plenário). (TCU, Acórdão 597/2008, Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, julgado em 09/04/2008) (g.n.)

Em consonância com os entendimentos supra, o então Conselheiro Antônio Carlos Andrada decidiu nos autos de nº 837.256, sessão do dia 22/9/2010, que a exigência de índices contábeis não pode ser arbitrada aleatoriamente, nem, tampouco, baseada em valores utilizados em outras contratações, não se podendo exceder ao necessário para o cumprimento das obrigações contratuais, sujeitando-se o administrador, nos termos do § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, ao princípio da motivação, registrando justificativa para a escolha dos índices contábeis previstos no edital.

Infere-se dos esclarecimentos de fls. 292 a 295 dos autos, em resposta à impugnação ao edital apresentada pela denunciante, no que se refere ao excesso de exigência para a qualificação econômico-financeira, que a Administração não dispõe de justificativa técnica para as exigências de pontuação de no mínimo 4 (quatro) atribuída ao somatório dos índices de Estrutura de Capital, Liquidez Corrente e Liquidez Geral e no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) de Disponibilidade Financeira Atual, vez que não foi acostado aos autos qualquer estudo que justifique a escolha dos patamares adotados.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

As alegações da Administração não se constituem em parecer ou estudo hábil a atender a exigência prevista no § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93. Sem isso, não se pode aferir se o que foi exigido encontra amparo na legislação de regência.

Equivoca-se a Administração ao afirmar que as exigências contidas no instrumento convocatório, ao contrário do que alegou a impugnante, não representavam irregularidade do certame. Isso porque esta se assenta tanto na ausência de justificativa para os índices exigidos, quanto na cumulatividade das exigências de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, e as garantias previstas no § 1º do art. 56 do mencionado diploma normativo (itens 1.4 e 7.2 do edital e item 2.2 do Anexo I do edital).

2 - Visita técnica em dia e hora marcados, item 1.1.1 do edital, fl. 138:

O item em epígrafe traz como exigência para a qualificação técnica o comparecimento à visita técnica ao local de execução das obras e dos serviços, em dia e hora marcados, oportunidade em que será fornecido o respectivo “atestado de visita”.

A exigência de comprovação de visita dos licitantes ao local onde as obrigações contratuais serão realizadas encontra seu fundamento no art. 30, III, da Lei nº 8.666/93. O objetivo almejado é permitir que os licitantes verifiquem as reais condições em que serão prestados os serviços ou feita a obra, de modo a aferir se possuem condições para a execução contratual. Possibilita, com isso, que as propostas sejam formuladas de maneira mais realista e concreta, evitando futuras inexecuções contratuais.

Ocorre que o item mencionado prevê que a visita técnica será realizada na data de 10 de março de 2009, às 09 horas. A possibilidade de a Administração impor que a visita técnica seja realizada em data e hora determinada deve, entretanto, ser rechaçada, por configurar restrição ao caráter competitivo do certame, sem respaldo legal.

Ademais o edital fixou a data de entrega das propostas em 17/03/2009, concedendo, portando, um interstício muito pequeno para que os potenciais interessados pudessem elaborar suas propostas.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

A esse respeito, vale ressaltar entendimento do TCU, consoante trecho do voto a seguir transcrito:

Representação. Licitação. Visita técnica. O prazo concedido para realização de visita técnica não pode se restringir a dia e horários fixos. Representação procedente.(...)

9.3. determinar ao IFSP que, em licitação eventualmente instaurada em substituição à Concorrência n.º 14/2012, proceda à adoção de medidas no sentido de: 9.3.1. estabelecer prazo adequado para a realização da visita técnica, não a restringindo a dia e horário fixos, com vistas a inibir que potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes, bem assim permitir aos possíveis interessados, após a realização da visita, tempo hábil para a finalização de suas propostas;(...) AC-3459-51/12-P Sessão: 10/12/12 Grupo: I Classe: VII Relator: Ministro JOSÉ JORGE.

No mesmo sentido é o posicionamento desse Tribunal, externado por meio da decisão proferida nos autos de nº 711.879, de relatoria do Conselheiro Moura e Castro, Jul. 8.8.2006:

Sobre a exigência de atestados de visita técnica, a previsão de uma única data para sua realização, mesmo sendo conveniência da Administração Municipal, pode comprometer a participação de um maior número de interessados, já que se trata de condição excludente do certame. Ademais, assim procedendo, o edital retira o sentido do prazo do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei 8.666/93, que prevê o interstício (...) entre a publicação do ato convocatório e a apresentação de propostas não só para permitir a elaboração destas, mas também para possibilitar que o maior número de interessados tome conhecimento da licitação e possa dela participar. Dessa forma, para evitar a restrição à ampla participação de interessados, o edital deve ampliar as oportunidades de visita técnica, podendo adotar maior número de datas fixadas ou um período em que serão realizadas ou, ainda, permitir que sejam feitas a qualquer momento, dentro do prazo entre a publicação e a apresentação das propostas, mediante agendamento prévio, o que melhor atender a conveniência administrativa.

Portanto, entende este Ministério Público de Contas que o item *sub examine* não encontra amparo legal, por restringir a competitividade do certame, em afronta ao art. 3º da Lei nº 8.666/93.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

3 - Exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita:

O edital consignou, no subitem 1.2.5 do Anexo I, que pelo menos um dos atestados apresentados para a comprovação de capacidade Técnico-Profissional deverá ser do Responsável Técnico que efetuou a visita prevista no item 1.1.

A Administração, para fins de habilitação, deve ater-se ao rol dos documentos constantes dos artigos 28 a 31 da Lei de Licitações, limitando suas exigências ao indispensável para o cumprimento da obrigação do futuro contrato, sob pena de restringir o universo dos licitantes e o princípio da competitividade.

Acerca da exigência de que pelos menos um dos atestados seja do engenheiro responsável técnico da empresa participante, o TCU possui entendimento firmado por meio da Decisão 800/2008 - Plenário, Relator Guilherme Palmeira, sessão do dia 30.04.2008, nos seguintes termos:

Assim, evidencia-se **que inexistente fundamento legal para se exigir**, com vistas à habilitação da licitante, **que tal visita seja realizada por um engenheiro responsável técnico da empresa participante, detentor do atestado técnico a que me reportei acima**, como previsto no item 6.5.2 do edital.

[...]

Afora as ocorrências apontadas pela empresa representante, o Diretor da Secex/MG evidenciou outras imposições constantes do edital, relacionadas à qualificação técnica, que se encontram em total desacordo com entendimentos já pacificados nesta Corte a respeito e que efetivamente demonstram ser capazes de limitar a participação de eventuais interessados à Concorrência.

São elas, resumidamente: i) apresentação de, no mínimo, três atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrados no CREA (itens 6.4.1.1 e 6.4.1.2 do edital); ii) comprovação, nesses três atestados, de que foram realizados, conjuntamente, todos os doze itens de serviços especificados nos citados itens 6.4.1.1 e 6.4.1.2; e, iii) exigência de que, nos atestados de qualificação técnico-profissional expedidos em nome de responsável técnico, haja prova, por meio de carteira de trabalho ou contrato social, de que esse profissional, na data da licitação, integra o "quadro técnico permanente" da empresa.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Nessa linha de raciocínio, reputa-se irregular a previsão de que pelo menos um dos atestados seja do Responsável Técnico que efetuou a visita técnica, vez que tal exigência carece de previsão legal.

4 - Exigência de Regularidade junto ao CREA, item 1.2.3 do Anexo I do edital, fl. 140:

O edital exigiu, no item em epígrafe, a certidão de registro e quitação da licitante expedida pelo CREA, nos seguintes termos:

1.2.3A comprovação da inscrição do responsável Técnico – RT, no CREA, se fará exclusivamente mediante a apresentação de cópia da Certidão de Registro e Quitação de Pessoa Jurídica, em dia, emitida por aquele Conselho.

No que tange à qualificação técnica, o art. 30 da Lei nº 8.666/93 delimita o rol de documentos hábeis à sua comprovação, deixando a cargo da autoridade administrativa a dosimetria acerca de quais documentos exigir, a depender da complexidade do objeto a ser contratado. Não há, contudo, permissivo para a exigência de comprovação de regularidade fiscal junto a conselhos/entidades profissionais, podendo exigir tão somente o registro ou inscrição na entidade profissional competente (inciso I).

Nesse sentido, cumpre transcrever escólio de JOEL DE MENEZES NIEBUHR⁹

(...) Ressalta-se que também é indevido exigir quitação com a entidade profissional competente. O inciso I do art. 30 da Lei 8.666/93 autoriza a exigência apenas da inscrição na entidade profissional competente. Logo, sob a égide da legalidade, o pagamento das anuidades não é condição de habilitação. Trata-se de questão interna, a ser revolvida entre a entidade profissional e a empresa ou o profissional inadimplente. A licitação não deve servir como instrumento para que as entidades profissionais exijam dos seus filiados o pagamento de anuidades.

No mesmo sentido é o entendimento firmado por meio do Acórdão TCU nº 1314/2005, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, DOU de 12.09.2005:

⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 385.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Não prever, (...) nos atos convocatórios de futuras licitações, cláusulas que exijam a comprovação de quitação de anuidade junto ao CREA, ante o disposto no art. 30, I, da Lei 8.666/93.

Vale ressaltar que a ausência de apresentação da Certidão de Registro e Quitação de pessoa jurídica em dia, emitida pelo CREA, foi um dos motivos de inabilitação da empresa JAM ENGENHARIA LTDA., consoante fls. 2644/2645.

Diante do exposto, entende este *Parquet* ser manifesta a irregularidade atinente à exigência de apresentação de certidão de registro e **quitação** junto ao Conselho, por contrariar o disposto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

5 - Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado:

Dispôs o subitem 1.2.10 do edital (fl. 140) que os licitantes deveriam comprovar as quantidades mínimas por meio de 1(um) Atestado de Capacidade Técnica.

Entende este *Parquet* que a exigência da comprovação de aptidão por meio de um único atestado vai de encontro ao disposto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, senão vejamos:

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

(...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

Como se vê pelo teor do citado dispositivo legal, não se pode estabelecer exigências não previstas em lei, implicando, pois, a exigência de apenas 01 atestado, em restrição à ampla competitividade, princípio basilar que deve nortear os procedimentos licitatórios. E, como já ressaltado, em matéria de hermenêutica, as restrições não comportam interpretações extensivas.

A esse respeito o TCU já se posicionou, consoante excerto do seguinte julgado:

Abstenha-se de limitar a quantidade de atestados ou de certidões de execução de serviços para fins de comprovação de qualificação técnica dos licitantes, excetuada a hipótese em que tal limitação tenha por finalidade única e



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

exclusiva garantir que a empresa contratada detenha o conhecimento técnico e a capacidade operacional inerentes à metodologia construtiva a ser aplicada, sem prejuízo de esclarecer que é vedada a imposição do referido limite quando o seu objetivo for, tão-somente, verificar se os empreendimentos anteriormente realizados pela licitante têm dimensão semelhante à do objeto do certame. Acórdão 3043/2009 Plenário.

Sobre a exigência de comprovação de capacidade técnica em um único atestado (letra A), a jurisprudência desta Corte citada tanto pela Secretaria de Administração quanto pela unidade técnica e mencionada no relatório precedente tem caminhado no sentido de que tal imposição restringe o caráter competitivo da licitação. Entretanto, há situações nas quais essa exigência é necessária e até desejável. Nestes casos, cabe à Administração justificar tecnicamente a restrição imposta no processo administrativo que antecede o lançamento do edital. No pregão que ora se examina, (...) não fundamentou com elementos necessários e suficientes a exigência editalícia em discussão.

(Acórdão 1237/2008 - Plenário Relator Raimundo Carreiro, sessão do dia 25/06/2008.)

A esse respeito, vale citar posicionamento do TJRS, na AC nº 70028995538, 21ª Câmara Cível, Rel. Marco Aurélio Heinz, Jul. 5.8.2009, no sentido de ser restritiva a exigência de apresentação de um único atestado, consoante trecho do voto a seguir transcrito:

Entretanto, a exigência de apresentação de um único atestado para comprovar a capacidade técnica, não permitindo a soma de atestados provenientes de serviços prestados a empresas diversas para alcançar o número de processos exigidos no Edital, é muito restritiva, violando os princípios da isonomia, da razoabilidade e da competitividade.

(...)

Pelo exposto, concordo com a Desa. Revisora, e também dou provimento ao apelo, para conceder a segurança, acolhido o pedido sucessivo formulado pelo impetrante (fl. 08), a fim de que possa apresentar mais de um atestado para comprovar a quantidade exigida de 1.000 processos.

No mesmo sentido, a decisão proferida nos autos nº 748.335, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 22/04/2008:

[...] a Administração poderá exigir, para a qualificação técnica dos licitantes, a comprovação de aptidão para o desempenho da atividade pertinente ao objeto licitado. Em se tratando de fornecimento de bens, o §4º do mesmo artigo dispõe que a comprovação de aptidão poderá ser feita por atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. [...] Todavia, a exigência de número mínimo de atestados [para a demonstração da aptidão] somente terá validade quando demonstrada pela Administração a relevância [desse mínimo],



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

[mediante] motivação. [...] Nesse sentido, tem se manifestado o TCU, conforme Acórdão n. 1.049/2004 – Plenário, in *Licitações & Contratos – Orientações Básicas*, 3. ed., *in verbis*: ‘[...] as exigências de quantidades de atestados para comprovação técnica têm por parâmetro as condições peculiares do objeto licitado, tal como definido em seu projeto básico, desde que não se imponham limitações desnecessárias com a inequívoca finalidade de comprometer a amplitude do rol de interessados em participar da licitação’ [...].

Verifica-se, pois, que a imposição de quantitativo mínimo em um único atestado restringe o caráter competitivo da licitação. Lado outro, mister salientar que não se trata de regra absoluta, devendo qualquer exigência que discrepe do previsto em lei ser expressamente justificada nos autos do processo que instrui o procedimento competitivo. Assim, as exceções deverão ser tratadas como tais e dependerão do objeto licitado, podendo ser aceitas nas hipóteses em que se mostrarem necessárias à comprovação de que o somatório das experiências se revela essencial à verificação da habilidade técnica do licitante, a exemplo das licitações que envolvam serviços de natureza predominantemente intelectual.

6 - Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, subitem 1.2 do edital (fls. 138/139):

De acordo com o edital, item 1.2, os interessados em participar do certame deveriam apresentar, na documentação relativa à fase de habilitação, atestados de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional que comprovassem a implantação de sistema de ar condicionado do tipo expansão direta com insuflação por entre piso do tipo monolítico.

Entende este *Parquet* que os atestados exigidos nessa fase do certame devem limitar-se apenas ao tipo de climatização e referidas capacidades que atendam às necessidades da Administração, devendo a condução por piso do tipo monolítico ou outro tipo de piso ser exigida como condição de execução contratual.

O art. 37, XXI, da Constituição da República prescreve que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Desse modo, há que se ter critério na fixação dos requisitos



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

de habilitação, tendo em vista que exigências excessivas reduzem o universo de potenciais licitantes, sendo de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

Nessa linha de entendimento decidiu o Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 170/2007 - Plenário, rel. Min. Valmir Campelo, Julg. 14.2.2007:

Ementa: Representação. Licitação. Exigências desnecessárias: comprovação de capacidade técnica, vínculo empregatício de responsável técnico, capital social e garantia, índices contábeis e capital social integralizado. Vedação indevida de somatório de atestados. Procedência. Anulação do ato convocatório.

Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal decidiu na ADI nº 2.716, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgamento em 29/11/2007, que a CR/88 exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, sendo inadmissível disposição que exceda essa limitação.

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta a igualdade – art. 5º –, bem assim o preceito veiculado pelo art. 175 da Constituição do Brasil. (...) Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (**ADI 2.716**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 29-11-2007, Plenário, *DJE* de 7-3-2008.) **No mesmo sentido: RE 607.126-AgR**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, *DJE* de 1º-2-2011.

Desse modo, reputa-se ilegal a previsão, na fase de habilitação, de exigências pertinentes à execução do objeto que, a pretexto de tutelar interesse público, produza a eliminação e/ou a redução de potenciais interessados, por contrariar o disposto no art. 37, XXI, da CR/88.

7 - Vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos, subitem 10.3 (fl. 116):

De acordo com o capítulo décimo do edital, que trata do procedimento de recebimento e abertura de envelopes, item 10.1, no dia, hora e local designados, seria realizada a sessão de recebimento e abertura dos envelopes, contendo a documentação de habilitação e as propostas.

Constata-se que o subitem 10.3 (fl. 116) do edital possui disposição que veda a remessa das propostas por qualquer meio terceirizado de encaminhamento, inclusive pelos Correios.

A Lei de Licitações, no seu art. 3º, dispõe que cumpre à Administração assegurar que nos editais não sejam incluídas condições que coloquem em risco o caráter competitivo do certame e que possam afrontar os princípios aplicáveis à Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição da República de 1988.

Assim preconiza:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos de legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

No que se refere à vedação em análise, este *Parquet* entende irregular a restrição ora atacada, na medida em que a distância ou a impossibilidade de comparecimento por qualquer motivo ao local da abertura dos documentos resultaria na rejeição das propostas e, conseqüentemente, no alijamento do certame de empresas qualificadas que oferecessem propostas mais vantajosas. Verifica-se, ainda, que a restrição importa em vantagem a licitantes locais em detrimento de empresas fixadas em locais mais distantes.

A esse respeito posicionou-se o TCU, conforme se verifica no Acórdão 1.522/2006 – Plenário, Rel. Ministro Valmir Campelo, DOU de 30/08/2006:

O edital não pode conter restrições ao caráter competitivo do certame, tais como a **proibição do envio de documentos por via postal**; exigência de balanços patrimoniais do próprio exercício da licitação; exigência de comprovação da capacidade de comercialização no exterior e de certificado profissional, em caso de profissão não regulamentada. (g.n.)

No mesmo sentido, o Conselheiro Antônio Carlos Andrada posicionou-se pela ilegalidade da restrição do envio de documentos via postal ou fac-símile, nos autos nº 719.823, sessão do dia 09/01/2007:

[O item do Edital em exame], ao vedar a remessa de documentação e proposta via postal ou fac-símile, contraria o princípio da ampla competitividade, afrontando o art. 30, §5º, da Lei n. 8.666/93.

Do exposto, o item em comento encontra-se irregular por não encontrar respaldo na lei e na jurisprudência pátria.

8 - Vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no subitem

8.1.1 do Edital (fl. 114), sem a devida justificativa:

Verifica-se, da leitura do subitem em epígrafe, previsão de vedação à participação de empresas em consórcio no certame.

No que tange à possibilidade de participação de empresas em consórcio, a doutrina é assente em admitir que o ato guarda a prerrogativa da discricionariedade, ou seja, o administrador tem a faculdade de decidir pela vedação ou não, segundo critérios



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

de conveniência e oportunidade, devidamente justificados.

Nesse sentido, cumpre transcrever escólio de JUSTEN FILHO¹⁰:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

Veja o que diz a Lei 8.666/93, no seu art. 33, *caput*:

Art. 33. **Quando permitida na licitação** a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...) (g.n.)

A esse respeito, vale reproduzir excerto do Acórdão TCU nº 1.102/2009 – 1ª

Câmara:

1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993. Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada. **O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador, mas sim a ausência de justificativa razoável para a vedação.** A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação: **“caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei nº 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação.”** Precedente citado: Acórdão n.º 1.636/2007-Plenário. Acórdão n.º 1316/2010-1ª Câmara, TC-006.141/2008-1, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2010. (g.n)

Conclui-se, portanto, que poderá o administrador, diante da faculdade de permitir ou obstar a participação de empresas consorciadas no certame, optar por vedar a referida participação, devendo, entretanto, fazer constar nos autos a devida justificativa,

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 465.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

que venha a demonstrar a plausibilidade de sua escolha.

No caso *sub examine*, verifica-se a ausência de justificativa acerca da vedação à participação de empresas consorciadas dentre a documentação referente ao certame, estando, pois, irregular a referida previsão.

9 - Vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente, item 15.6 do Edital (fl. 119):

Verifica-se do disposto no subitem epigrafado expressa vedação à contratação de empresa que, tendo celebrado contrato anterior com a COPASA, esteja inadimplente com relação à execução desse contrato.

Ao analisar o item em comento, verifica-se que a disposição impõe sanção a licitante que não decorre do certame em curso, referindo-se a execução de outra contratação celebrada em momento diverso.

Desta feita, ilegal e ilegítimo condicionar a celebração de uma avença, realizada dentro dos moldes legais, à fiel execução de contrato anterior, que não tenha qualquer relação com o primeiro.

Caso a licitante já tivesse celebrado outra avença com a COPASA e a execução não tivesse ocorrido dentro dos termos predeterminados no edital, a empresa deveria ser responsabilizada por meio dos procedimentos próprios, nos termos da legislação que rege a matéria.

É pelo devido processo legal que se evita a produção de atos eivados de ilegalidade por parte do Estado, prevenindo arbitrariedades e protegendo direitos individuais assegurados constitucionalmente.

A esse respeito, vale reproduzir lição de BANDEIRA DE MELO,¹¹

Estão aí, consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas.

¹¹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.104.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

Ainda sobre o assunto, vale registrar o entendimento de JOEL DE MENEZES NIEBUHR,¹²

Portanto, a Administração, antes de aplicar qualquer sanção administrativa, deve instaurar o devido processo administrativo, assegurando ao licitante ou contratado processado o contraditório e a ampla defesa.

A respeito da vedação à participação de empresas que estejam inadimplentes com o órgão responsável pelo certame, o Tribunal de Contas da União já tem firmado o entendimento, por meio da Decisão proferida no Acórdão 992/2007 - Primeira Câmara, no seguinte sentido:

Deixe de estabelecer nos atos convocatórios cláusula impedindo a participação de empresas que estejam em atraso no cumprimento de obrigações assumidas ou ainda aquelas contratadas nos últimos doze meses, que não tenham cumprido integralmente seus contratos, porquanto demanda dessa natureza não apresenta amparo legal.

No âmbito da Administração Pública, o devido processo administrativo assume o dever de promover a justiça entre as partes, regulando as relações entre a Administração e os administrados, com o fito de realizar o fim a que o Estado se propôs - de atender o interesse público da melhor forma possível, combatendo arbitrariedades como a que ora se analisa.

Registre-se que qualquer restrição a ser consignada no instrumento convocatório deve estar consonante com a lei ou resultar de eventual processo administrativo, realizado com suporte nos preceitos e princípios constitucionais e legais, notadamente com observância dos artigos 81 a 88 da Lei nº 8.666/93, devendo ser considerada, ainda, a amplitude dos efeitos da sanção cominada.

In casu, a vedação em análise vai de encontro ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, sendo, portanto, irregular.

¹² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 990.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Elke Andrade Soares de Moura Silva

III - CONCLUSÃO

Em face do exposto, OPINA este Ministério Público de Contas, preliminarmente, pela devolução dos autos ao Órgão Técnico, para que a unidade competente proceda à Análise de Conformidade do Anexo 5, a fim de que seja verificada a pertinência da denúncia quanto ao item 1.3 do edital.

Caso não acatada a medida instrutória pugnada, OPINA pela citação dos responsáveis, a fim de que apresentem as alegações que entenderem pertinentes, nos termos regimentais.

Havendo manifestação, deverão os autos ser remetidos à Unidade Técnica, para o indispensável reexame e, em seguida, a este Ministério Público de Contas, para parecer conclusivo.

É o parecer.

Belo Horizonte, 10 de setembro de 2014.

Elke Andrade Soares de Moura Silva
Procuradora do Ministério Público de Contas