

## NOTAS TAQUIGRÁFICAS

34ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, realizada no dia 05/11/2015

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

**Processo n.º:** 801.288  
**Natureza:** Denúncia  
**Denunciante:** Damiani Soluções de Engenharia Ltda.  
**Órgão:** Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA

### RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia oferecida por Damiani Soluções de Engenharia Ltda., em face do edital da Concorrência Pública DVLI. 1020090031 promovida pela COPASA, objetivando a implantação de sistema de ar condicionado, incluindo o fornecimento e a instalação de todos os equipamentos, a elaboração de projeto das obras civis necessárias à total instalação, a elaboração dos projetos executivos compatibilizados com o *layout* do pavimento e o respectivo *as built*, de acordo com o projeto básico e as especificações técnicas dos equipamentos discriminados nos anexos da Especificação Particular, para beneficiamento dos edifícios SEDE e COPE da Companhia, no valor estimado de R\$7.150.000,00 (sete milhões cento e cinquenta mil reais), nos termos contidos às fls. 01/50 e documentos de fls. 51/698.

Em síntese, a denunciante afirmou a existência de fortes indícios de direcionamento da licitação, uma vez que apenas dois licitantes que representam a marca HITACHI foram habilitados. Suspeitou, ainda, da existência de superfaturamento, diante da diferença de aproximadamente R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) entre as propostas das empresas habilitadas e a apresentada pela denunciante.

Autuada a Denúncia em 31/07/2009, fl. 700, em atendimento ao despacho da Presidência às fls. 699 os autos foram enviados à Conselheira Relatora à época. Em voto de fls. 701/705 a Relatora informou a tramitação da Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela nº 0024.09.588.651-1, perante a 3ª Vara da Fazenda Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, cujo objeto é o mesmo destes autos, razão pela qual votou pelo sobrestamento do feito.

Em sessão da Primeira Câmara, realizada no dia 11/08/2009, foi requerida vista dos autos pelo Conselheiro Gilberto Diniz, sendo os mesmos retirados de pauta, conforme Notas Taquigráficas às fls. 706/709.

Na sessão do dia 10/11/2009 o Conselheiro Gilberto Diniz votou pelo prosseguimento da tramitação do processo, por entender que a existência de processo judicial não se constitui em

óbice para a atuação desta Corte. Os autos foram retirados de pauta diante do pedido de vista pelo Conselheiro Antônio Carlos Andrada, conforme Notas Taquigráficas às fls. 716/721.

Em sessão do dia 03/08/2010, nos termos das Notas Taquigráficas às fls. 728/732, foi aprovado o voto do Conselheiro Gilberto Diniz determinando o prosseguimento do feito.

A denunciada juntou aos autos cópia das fases interna e externa do processo licitatório em análise, fls. 756/2.707, em cumprimento à determinação constante do despacho da Conselheira Relatora, fls. 747/748.

A documentação foi analisada pela 2ª Coordenadoria de Fiscalização Estadual que, em relatório de fls. 2.710/2.747, concluiu que os fatos denunciados não foram comprovados. Contudo, apontou que a COPASA apresentou exigência excessiva ao constar no edital, em seu item 1.2 do Anexo I, que os atestados de capacidade técnica-profissional fossem em nome do profissional comprovadamente integrante do quadro permanente da proponente, o que ofende a previsão contida no art. 30, § 1º da Lei de Licitações, sendo passível de recomendação por esta Corte.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas anexou parecer às fls. 2.751/2.783, apresentando aditamento, com fundamento no art. 61, § 3º do Regimento Interno desta Corte, no qual foram apontadas as seguintes irregularidades:

- 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;
- 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.

Opinou também pela devolução dos autos ao Órgão Técnico para que procedesse à Análise de Conformidade do Anexo 5, que se refere à listagem de equipamentos, parte integrante de Especificação Particular – Sistema de Ar Condicionado, a fim de verificar a pertinência da denúncia quanto ao item 1.3 do edital. Por fim, opinou pela citação dos responsáveis, a fim de apresentar as alegações que entendessem pertinentes.

Em atendimento ao requerimento do MPC, determinei, em despacho de fl. 2.784, o retorno dos autos ao Órgão Técnico, que se manifestou em relatório às fls. 2.787/2.802 opinando que a COPASA deveria comprovar, por meio de laudos técnicos conclusivos, sob pena de aplicação de multa, diante da ofensa ao art. 7º, § 5º, da Lei de Licitações, que:

- a) O projeto elaborado é compatível com as dimensões de equipamento de outros fabricantes disponíveis no mercado, ou
- b) Que a marca habilitada (HITACHI) era a única capaz de atender o objeto licitado, em razão da alegada dificuldade de espaço do prédio, em que foi implantado o sistema de ar condicional.

Encaminhados os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, este se manifestou em parecer de fls. 2.804/2.805, opinando pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva dessa Corte, ao fundamento de que a autuação da Denúncia se deu há mais de cinco anos.

Determinada a abertura de vista dos autos ao Diretor Presidente da COPASA, Senhor Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, e ao Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais, Senhor Maurício Gonçalves Soares, estes se manifestaram às fls. 2.817/2.834.

O Órgão Técnico analisou as manifestações às fls. 2.836/2.839 verso, concluindo que a COPASA elegeu uma marca específica de equipamento na licitação em análise, infringindo o art. 7º, § 5º da Lei de Licitações. Porém, entendeu que houve a ocorrência da prescrição, com fundamento no art. 110-J da Lei Complementar nº 102/2008.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fl. 2.841, ratificou seu entendimento quanto à ocorrência de prescrição.

É o relatório, passo a decidir.

## VOTO

### PREJUDICIAL DE MÉRITO – DA PRESCRIÇÃO

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fls. 2.804/2.805, opinou pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva dessa Corte ao fundamento de que a autuação da Denúncia se deu há mais de 5 (cinco) anos, em parecer ratificado à fl. 2.841. Afirmou o MPC que é inconstitucional a previsão contida no art. 118-A, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal quanto à prescrição em decorrência do transcurso de 8 (oito) anos entre a distribuição do processo e a sentença de mérito.

Já tive oportunidade de enfrentar a questão da aplicabilidade do inciso II do art. 118-A da Lei Complementar nº 102/2008 nos autos da Prestação de Contas nº 784.889 do Município de Guanhães, a qual foi apreciada na sessão da Primeira Câmara do dia 09/06/2014. Reproduzo aqui parte da fundamentação de meu voto para afastar a questão suscitada pelo Ministério Público de Contas:

Embora o § 2º do art. 110-C da Lei Complementar nº 102/2008, acrescentado pela Lei Complementar nº 120/2011<sup>1</sup>, disponha que, depois de interrompida a prescrição, o prazo recomeçará a contar do início, uma só vez, daí não se segue, como consequência lógica, que

<sup>1</sup> A lei acrescentou o Título V-A, intitulado *Da prescrição e da decadência*.  
801288\_05112015 – VL/GL/sol/VL

tal prazo seria o de cinco anos, como sustentou o MPC. Aqui a tarefa do exegeta não pode perder de vista a técnica adotada na elaboração da lei, a qual consistiu em tratar, em seções distintas, de um lado as causas interruptivas e as suspensivas da prescrição e, de outro, os prazos prescricionais. Na seção II do Capítulo II do Título V-A da referida lei, intitulada Dos prazos da prescrição, também as hipóteses desse instituto foram previstas em artigos distintos e foi atribuída a cada uma delas um prazo específico. Em outras palavras: foram criados prazos distintos para as hipóteses também distintas de prescrição. Ora, a prescrição intercorrente estava originalmente prevista no art. 110-G da LC nº 120/2011, o qual foi vetado pelo Governador do Estado. Nas razões do veto, publicadas no Diário Oficial do Estado do dia 16/12/2011(Mensagem nº 169, de 15 de dezembro de 2011), pode-se verificar que o ato do Executivo teve por finalidade evitar que se desvirtuasse o tratamento dado ao instituto da prescrição no âmbito do Tribunal de Contas; motivou o veto o interesse público de evitar que a Corte se tornasse mero “homologador” do instituto. Assim, afigurou-se recomendável o veto porquanto a manutenção do dispositivo poderia até inviabilizar o poder-dever constitucional do controle externo.

Resultou desse ato a lacuna em relação ao prazo da prescrição intercorrente. O MPC manteve, entre a maioria de seus membros, o entendimento de que permanecia, em todos os casos, o prazo de cinco anos. Já nos julgados do Tribunal buscou-se suprir a lacuna com as formas de integração admitidas no direito (nesse caso, a analogia), como se pode ver, exemplificativamente, no RO nº 849970, relatado pelo Conselheiro Gilberto Diniz na sessão do Pleno do dia 11/12/2013, quando se aplicou ao caso julgado a prescrição decenal prevista no art. 205 do Código Civil<sup>2</sup>.

Do que ficou dito, conclui-se que não é de inconstitucionalidade que aqui se trata ou de ação do Legislativo em ofensa aos princípios da segurança jurídica ou da irretroatividade da lei, quando estabeleceu na Lei Complementar nº 133/2014 o prazo prescricional de oito anos, mas sim de atuação legítima que supriu lacuna resultante do cumprimento – ou desenvolvimento – regular do processo legislativo: o veto.

Ressalto, ainda, que a ordem legal relativa à aplicação do instituto da prescrição no âmbito desta Corte de Contas foi modificada em razão da nova redação das disposições da Lei Complementar nº 102/2008, introduzida por meio da Lei Complementar nº 133, de 05/02/2014, instituindo o art. 118-A, que estabeleceu as regras a serem observadas quanto à contagem dos prazos prescricionais. Esta nova ordem legal instituída aplica-se aos processos que, como este, foram autuados até 15 de dezembro de 2011, conforme se infere das disposições a seguir:

Art. 118-A. Para processos que tenham sido autuados até 15 de dezembro de 2011, adotar-se-ão os prazos prescricionais de:

- I – cinco anos, contados da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva da prescrição;
- II – oito anos, contados da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo;
- III – cinco anos, contados da prolação da primeira decisão de mérito recorrível até a prolação da decisão de mérito irrecurrível.

<sup>2</sup> O voto do Relator faz referência a muitos julgados, a saber: RO nº 862120, Contrato nº 145196, Processo Administrativo nº498510, entre outros. O voto foi aprovado por unanimidade.

Parágrafo único. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas para os processos a que se refere o caput prescreverá, também, quando a paralisação da tramitação processual do feito em um setor ultrapassar o período de cinco anos.

Por sua vez, as disposições contidas no art.110-C da Lei Orgânica deste Tribunal estabelecem as causas interruptivas da prescrição, *verbis*:

Art. 110-C. São causas interruptivas da prescrição:

- I – despacho ou decisão que determinar a realização de inspeção cujo escopo abranja o ato passível de sanção a ser aplicada pelo Tribunal de Contas;
- II – autuação de feito no Tribunal de Contas nos casos de prestação e tomada de contas;
- III – autuação de feito no Tribunal de Contas em virtude de obrigação imposta por lei ou ato normativo;
- IV – instauração de tomada de contas pelo Tribunal de Contas;
- V – despacho que receber denúncia ou representação;
- VI – citação válida;
- VII – decisão de mérito recorrível.

Do exame dos autos, verifico que a autuação ocorreu em 31/07/2009, fl. 700, antes do transcurso de cinco anos dos fatos. Da mesma forma, não houve a paralisação do processo em um único setor nesta Corte por período de cinco anos ou mais, tampouco o período de 8 (oito) anos da distribuição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo.

Posto isto, afasto a alegação de inconstitucionalidade do art. 118-A, inciso II da Lei Orgânica desta Corte, e não verifico nenhuma das hipóteses descritas acima para a configuração da prescrição neste caso, razão pela qual rejeito a arguição de prescrição.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo.

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

APROVADA A PREJUDICIAL DE MÉRITO – DA PRESCRIÇÃO, POR UNANIMIDADE.

**MÉRITO**

Passo a análise das irregularidades apontadas pela denunciante e pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em aditamento apresentado com fulcro no art. 61, § 3º do Regimento Interno desta Corte.

### **1. Inabilitação da denunciante em razão da garantia de proposta, Item 5 do Anexo I do Edital.**

A denunciante, licitante no certame impugnado, informou que foi inabilitada pela Comissão de Licitação em razão do descumprimento do item 5 do Anexo I do Edital, que se refere à garantia de proposta. Informou, ainda, que contratou com o Banco Pottencial S.A. a Carta de Fiança (fl. 500), a fim de garantir a sua participação na licitação, com prazo de duração de 90 dias.

Acrescentou 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; logo, no momento da abertura dos envelopes, a caução apresentada contava com uma validade de 87 dias, inferior aos 90 dias exigidos no edital, o que resultou em sua inabilitação (fl. 7).

A Unidade Técnica entendeu que a denunciada agiu corretamente ao não aceitar a Carta de Fiança, cujo prazo de duração era inferior ao determinado pelo edital, não cabendo razão à denúncia neste aspecto, conforme relatório de fls. 2.714/2.718.

Contudo, o Ministério Público de Contas discordou do entendimento técnico, com amparo nos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, nos termos do parecer de fls. 2.754/2.762.

Apontou a ilustre Procuradora que, no momento da abertura dos envelopes contendo os documentos de habilitação, o documento atacado encontrava-se vigente, o que o tornava apto a garantir a proposta. Ademais, 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, o que se confirmou em grau de recurso, oportunidade em que a denunciante apresentou termo aditivo de prorrogação de vencimento da carta de fiança (fl. 581), reforçando a tese de que fora atendida a pretensão da Administração no que se refere à garantia da proposta.

O MPC apontou entendimentos doutrinários e jurisprudenciais no sentido de que não se admite formalismo exagerado, e que a desclassificação da licitante somente se justifica se a desconformidade da proposta for substancial e lesiva à Administração ou aos licitantes. Transcreveu, ainda, a decisão do Juízo da 3ª Vara Estadual de Fazenda Estadual e Autarquias, na Ação Ordinária com pedido de Antecipação de Tutela, processo nº 0024.09.588.651-1, movido pela denunciante em face da denunciada, conforme cópia à fl. 690 dos autos:

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*).

Acrescentou que a denunciada cercou-se de outras exigências com o intuito de garantir a qualificação econômico-financeira dos licitantes, além da prevista no mencionado item, como se segue:

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.

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).

Logo, a Administração cumulou no edital a exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo ou capital social mínimo e garantia contratual, o que contraria o art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que prevê a alternatividade das exigências para garantia do adimplemento ao contrato. Portanto, há equívoco na cumulação de duas garantias.

Apontou o MPC que a fixação excessiva de requisitos limita a competitividade. Ademais, todas as exigências relativas à qualificação econômico-financeira têm a mesma finalidade, garantir que a empresa vencedora no certame tenha disponibilidade de recursos para a satisfatória e fiel execução do objeto da contratação. Concluiu que a cumulação viola o art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Constatou, ainda, que a denunciante apresentou o patrimônio líquido de R\$2.921.041,32 (dois milhões novecentos e vinte e um mil quarenta e um reais e trinta de dois centavos), fl. 504, superior ao valor de R\$350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), fl. 141, exigido pelo item 2.2 do edital. Logo, mesmo que prevalecesse a inabilitação em razão do prazo de vigência da carta de fiança, o patrimônio líquido apresentado pelo licitante seria suficiente para comprovar a sua qualificação econômico-financeira, em observância ao art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Concluiu o MPC pela procedência da denúncia, uma vez que não é razoável a inabilitação da denunciante com fundamento no item 1.4 do edital.

Acolho o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, no sentido de que não se justificou a inabilitação da denunciante com fundamento em inadequação ao item 5 do Anexo I do Edital, que se refere à garantia de proposta.

Nos termos demonstrados pelo MPC, a garantia foi plenamente comprovada pela denunciada, tanto por meio da Carta de Fiança, vigente na data da entrega de envelopes, e cuja vigência foi prorrogada, conforme documentos juntados aos autos, quanto pela existência de patrimônio mais de 8 vezes maior que o exigido no edital.

Irregular, ainda, a cumulação da exigência das garantias, em afronta ao § 2º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93. Neste sentido são as decisões jurisprudenciais, senão vejamos:

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 (TCU, Acórdão nº 170/2007, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo).

No mesmo sentido já me manifestei no julgamento do Processo de Licitação nº 703.633, julgado mencionado na Revista do TCE, edição especial, “A Lei nº 8.666/93 e o TCEMG”, fl. 170, que transcrevo:

Licitação. **Não-cumulatividade dos elementos de comprovação da qualificação econômico-financeira.** “(...) a exigência contida no edital de cumulação de capital social mínimo ou patrimônio líquido e **garantia de propostas** contraria o art. 31, §2º, da Lei 8.666/93, e ainda restringe a ampla participação. (...) **as irregularidades verificadas comprometem a isonomia do certame**, favorecendo atributos de qualificação técnico e econômico-financeira que não refletem justificativas técnicas referentes às necessidades da contratação, em afronta à legislação vigente. (Licitação n.º 703633. Rel. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão do dia 18/10/2005) (g.n.)

Logo, incorreta a inabilitação da denunciante sob este fundamento, sendo certo que a cumulação da exigência de garantias afrontou expresso texto legal e implicou em limitação da competitividade, razão pela qual julgo o item irregular.

Posto isso, procede a denúncia quanto à irregularidade da desclassificação da denunciante sob a alegação de descumprimento de exigência relativa à garantia da proposta.

## **2. Inabilitação no que se refere à capacitação técnico-profissional e técnico-operacional, nos termos do Item 1.2 do Anexo I do Edital.**

Apontada pela denunciante a irregularidade quanto à exigência de comprovação de vínculo existente entre a proponente e o profissional indicado como Responsável Técnico, subitens 1.2 e 1.2.2 (fls. 138/139), a Unidade Técnica concluiu que a irregularidade era passível de recomendação, já que não implicou em prejuízos, conforme relatório de fls. 2.718/2.726.

O Ministério Público de Contas apontou que a exigência afronta a previsão contida no § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Ressaltou que tanto a doutrina quanto 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, ao fundamento de que a interpretação literal se mostra excessiva e limitadora à competitividade.

Para fundamentar sua posição, citou a decisão neste sentido proferida pelo Conselheiro Mauri Torres no processo nº 875.345 e citou o ensinamento do ilustre Professor MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>3</sup> que transcrevo:

Não se pode conceber que as empresas sejam obrigadas a contratar, sob vínculo empregatício, alguns profissionais apenas para participar da licitação. A interpretação

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 515.

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.

Concluiu, pois, que não se pode estabelecer exigências não previstas em lei e que impliquem em gastos por parte dos licitantes, frustrando e restringindo a ampla competitividade. Assim, discordando do posicionamento da Unidade Técnica, fl. 2746, o Ministério Público de Contas concluiu que as exigências constantes dos itens 1.1.1, 1.2 e 1.2.2 são ilegais, fls. 2.762/2.765.

Uma vez mais acolho o parecer do Ministério Público de Contas, por considerar que a exigência restringe a competitividade, o que implica em evidente irregularidade.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Contas da União, a conferir:

A exigência de vínculo empregatício ou societário dos responsáveis técnicos, na fase de habilitação, somente por meio de cópias das Carteiras de Trabalho e/ou fichas de Registro de Empregado ou mediante cópia do ato de investidura no cargo ou cópia do contrato social e suas alterações, em se tratando de sócio, prevista no item 3.1, alínea “q” do edital (letra H), restringe o caráter competitivo do certame. Este Tribunal, em reiteradas decisões (Acórdãos no 2.170/2008, 800/2008, 141/2008 e 1.100/2007, todos do Plenário), manifestou o entendimento de que a compreensão mais adequada de quadro permanente, mencionado no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei no 8.666/1993, deve ser a do conjunto de profissionais disponíveis para prestar os serviços de modo permanente, durante a execução do objeto licitado. Não é necessário o vínculo empregatício ou societário, bastando a existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum. A exigência editalícia impõe um ônus desnecessário às empresas, na medida em que seriam obrigadas a manter entre seus empregados um número muito maior de profissionais ociosos. Acórdão 727/2009 Plenário (Voto do Ministro Relator)

No mesmo sentido esta Corte de Contas já decidiu nos autos da Representação n.º 712.424, da relatoria da Conselheira Adriene Andrade, em Sessão realizada no dia 13/05/2008, que transcrevo:

Representação. Profissional em quadro permanente. “É necessário que o profissional indicado para acompanhar a execução de objeto da complexidade do ora licitado tenha algum tipo de vínculo com a empresa. Tal vínculo não se restringe ao empregatício ou societário, podendo abranger também profissionais que estejam contratados pela empresa para desempenhar serviços específicos. Seguindo esta linha de raciocínio, colaciono o entendimento do parecerista Paulo Antônio Neder, *in verbis*: Inicialmente, chama-se a atenção para o fato de não se poder confundir ‘quadro funcional’ com ‘quadro permanente’.

Os prestadores de serviços que constituem o quadro permanente de uma empresa não são, necessariamente, empregados. Podem pertencer de numerosas maneiras ao quadro permanente: como sócios, diretores, profissionais, autônomos, etc. A expressão ‘permanente’ não quer dizer outra coisa senão ‘constante’, ‘duradouro’, ‘estável’. (Citado no Processo n.º 48500.001181/04-11 – Tomada de Preços n.º 07/2004 – ANEEL)”.

Entendo, pois, que o profissional deve apresentar os requisitos necessários para executar uma obra ou serviço, estando disponível nos momentos da contratação e da execução do objeto contratado, contudo, não é necessário que esteja vinculado à empresa, por contrato de trabalho.

Acrescento que não há necessidade de constatação de prejuízos para a caracterização da irregularidade no certame.

Posto isso, julgo procedente a denúncia, diante da irregularidade da exigência contida no item 1.2 do Anexo I do edital.

### **3. Inabilitação da denunciante por não atender ao Item 1.3 do Anexo I do Edital.**

A denunciante apontou que a Comissão de Licitação elegeu marca específica de equipamento, afrontando a previsão contida no § 5º do art. 7º da Lei de Licitações. O edital determinou o preenchimento total da listagem para Análise de Conformidade, com a especificação dos equipamentos propostos (Anexo 5).

A Unidade Técnica apontou à fl. 2.734 que ficou evidenciado nos autos o fato de a empresa Tecnoclima Engenharia Ltda., responsável pelos projetos básicos e análise de conformidade dos equipamentos, ter emitido o parecer técnico sobre os produtos ofertados pelos licitantes, concluindo 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.

Diante da análise inconclusiva, o Ministério Público de Contas requereu a devolução dos autos ao Órgão Técnico para a complementação de sua manifestação, conforme fl. 2.783.

Ato contínuo, a Unidade Técnica elaborou o relatório de fls. 2.787/2.802, em que concluiu não ter sido demonstrado pela COPASA MG que o fabricante, no qual se baseou o projeto, era o único capaz de atender o objetivo do certame.

Apontou, ainda, a admissão pela COPASA no sentido de ter elaborado os projetos que “tomaram como base as dimensões e características dos equipamentos de um determinado fabricante” e, considerando o fato de que somente foram considerados habilitados os equipamentos da marca HITACHI, opinou a Unidade Técnica pela necessidade de a COPASA MG comprovar, por meio de laudos técnicos conclusivos, sob pena de o responsável incidir em multa, pela inobservância do disposto no art. 7º, § 5ª, da Lei 8.666/93, que:

a) O projeto elaborado para o certame em questão é compatível com as dimensões de equipamentos de outros fabricantes disponíveis no mercado (objetivo, inclusive admitido pela empresa que projetou os projetos, conforme “Documento Controlado”, fls. 2.637/2642),  
ou

b) a referida marca habilitada (HITACHI), pelas suas características específicas, era a única capaz de atender o objeto licitado, em razão da alegada dificuldade de espaço do prédio o qual foi implantado o sistema de ar condicionado.

Os Srs. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA MG à época, e Maurício Gonçalves Soares, Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais à época se manifestaram, respectivamente, às fls. 2.817/2.818 e fls. 2.826/2.827, apresentando a documentação de fls. 2.819/2.825 e fls. 2.828/2.834.

Em síntese, os responsáveis afirmaram que diante, do objeto do contrato, que incluía a elaboração de projetos executivos compatíveis com o *layout* do pavimento, foi necessária a citação das medidas, pois o insuflamento do ar gelado é feito por dutos que passam por dentro dos *shafts*, sendo que estes ficam entre 02 (duas) vigas paralelas e as máquinas precisam ficar entre as citadas vigas para viabilizar a operação de insuflamento.

Acrescentaram que o equipamento possui compatibilidade com as características construtivas do prédio, e que na especificação particular, item II.2- Análise de Conformidade, logo após o sub item “C”, consta em negrito, a seguinte observação:

As marcas citadas nos projetos e especificações são apenas de referência podendo ser utilizados equipamentos equivalentes, devidamente comprovadas as suas características operacionais e de funcionamento.

Analisando as justificativas apresentadas a Unidade Técnica, fls. 2.836/2.839 verso, ressaltou que, embora conste no item II.2 do edital do certame menção de que as marcas citadas nos projetos e especificações são apenas referências, e que poderiam ser utilizados equipamentos equivalentes, constatou-se que a própria empresa que elaborou o projeto reconheceu que os desenhos se basearam nas dimensões características de um determinado fabricante.

Destacou que o art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/93 é claro ao permitir características e especificações exclusivas de determinado produto ou serviços somente na hipótese de justificativa técnica, ou feitos sob o regime de administração contratada, previsto no ato convocatório, conforme doutrina e jurisprudência citadas no relatório técnico às fls. 2.798/2.799.

Salientou, ainda, que foi oportunizado aos defendentes comprovarem a compatibilidade do projeto elaborado com as dimensões de equipamentos de outros fabricantes disponíveis no mercado, ou mesmo demonstrarem que a única marca habilitada no certame (HITACHI), pelas características específicas, era a única capaz de atender o objeto licitado, em razão da alegada dificuldade de espaço do local em que foi implantado o sistema de ar condicionado. Contudo, não foram apresentados estudos técnicos ou documentos que comprovassem um desses fatos.

Concluiu a Unidade Técnica, fls. 2.838 verso, que a COPASA MG elegeu uma marca específica de equipamento na Concorrência Pública nº. DVLI.1020090031, infringindo o disposto no art. 7, § 5º, da Lei de Licitações.

A análise dos autos demonstra, de forma indubitável, o direcionamento da licitação a um único produto, em afronta ao § 5º do art. 7º da Lei de Licitações, o que é irregular. Acrescento que os

responsáveis não foram capazes de justificar tecnicamente a limitação contida no edital, que levou à restrição do caráter competitivo do certame.

Logo, julgo procedente a denúncia diante do direcionamento irregular para a aquisição de uma determinada marca.

#### **4. Habilitação indevida das licitantes Newset Comércio e Serviços Ltda. e Heating & Cooling Tecnologia Térmica Ltda., diante da qualificação técnica em nome de terceiros que não os diretamente contratados, em desatendimento ao Item 1.2 do Anexo I do Edital.**

A Unidade Técnica, às fls. 2.734/2.746, concluiu que não houve irregularidade nas habilitações das empresas citadas. Esclareceu, após minuciosa análise, que os atestados de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional apresentados pelas licitantes acima nomeadas estavam em conformidade com o exigido no edital (fl. 2.746).

Não houve manifestação do Ministério Público de Contas quanto a este item.

Não havendo constatação da irregularidade apontada, julgo improcedente a denúncia quanto a este aspecto.

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

Em seu aditamento, fls. 2.767/2.770, o Ministério Público de Contas apontou a exigência contida no edital, item 2.3, de apresentação de planilha de cálculo da situação financeira da empresa (Anexo III do edital), sob pena de inabilitação dos licitantes.

Acrescentou 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, ressaltando que é permitida a exigência de índices contábeis que demonstrem a qualificação econômico-financeira, porém, a utilização de índices não usuais restringe a competitividade do certame.

Ressaltou o MPC a relevância quanto ao fundamento, no procedimento da licitação, em sua fase interna ou mesmo no Projeto Básico ou Termo de Referência, da escolha dos índices de qualificação econômico-financeira e seu valor, considerando os dados específicos do objeto da contratação.

Informou o entendimento do Conselheiro Antônio Carlos Andrada nos autos de nº 837.256, sessão do dia 22/9/2010, no sentido de que a exigência de índices contábeis não pode ser arbitrada aleatoriamente, nem se basear 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.

Considerou o MPC que a análise dos documentos de fls. 292/295, demonstra que a Administração não foi capaz de justificar tecnicamente 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, em resposta à impugnação ao edital apresentada pela denunciante, uma vez que não foi apresentado qualquer estudo que justifique os índices exigidos, em afronta ao § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93.

Aponto que os índices econômicos devem ser exigidos conforme a natureza do serviço a ser contratado e precisam estar em consonância com aqueles mais usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira, e suficientes ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. Porém, tais índices precisam ser justificados tecnicamente, conforme a jurisprudência desta Corte.

Cito a decisão proferida neste sentido pela Segunda Câmara deste Tribunal, em Sessão realizada no dia 24/6/10, nos autos da Denúncia nº 793164, da relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa:

As justificativas da Administração Municipal, de que os índices econômicos exigidos são os normalmente adotados pela municipalidade, quando se trata de obras de semelhante significado ou importância e que a partir de pesquisa, foi montado um quadro onde, em uma amostra de 64 empresas, os índices exigidos são atendidos por dois terços dessas empresas, não supre a ausência da necessária demonstração técnica de que as exigências contidas no edital são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações decorrentes da futura contratação, condição-limite a que deve estar vinculada a Administração.

A exigência dos índices apostos no Edital, quais sejam Índice de Liquidez Corrente maior ou igual a 2.00, Índice de Liquidez Geral maior ou igual a 2.00 e o Grau de Endividamento menor ou igual a 0,30, podem ser até usuais no Município, porém, a usualidade somente poderá ser adotada se mostrar tecnicamente aplicável ao caso concreto, ou seja, ao objeto do contrato, sob pena de infringir o disposto no art. 31, §5º da Lei nº 8.666/93.

Necessário, portanto, que o administrador fundamente no procedimento administrativo da licitação, em sua fase interna, no Projeto Básico ou Termo de Referência, a escolha dos índices de qualificação econômico-financeira e seu valor, considerando os dados específicos do objeto da contratação. É oportuna a lição de Jessé Torres Pereira Júnior, que transcrevo:

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

As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avençar. (Pereira Júnior, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 380). (grifo nosso).

Posto isso, acolho a manifestação ministerial e julgo irregular a ausência de justificativa para os

índices exigidos, diante da afronta ao art. 31, § 5º, da Lei nº 8.666/1993.

#### **6. Visita técnica em dia e hora marcados, item 1.1.1 do edital, fl. 138.**

O Ministério Público de Contas apontou, em seu aditamento às fls. 2.770/2.771, que a exigência de comprovação de visita está prevista no art. 30, III, da Lei nº 8.666/93, e objetiva 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, possibilitando a formulação de propostas realistas e concretas e evitar inexecuções contratuais.

Porém, a fixação de hora e dia para a visita, no caso, 10 de março de 2009, às 09 horas, configura restrição ao caráter competitivo do certame, sem respaldo legal, ainda mais se considerar que a entrega das propostas deveria ocorrer em 17/03/2009, apenas uma semana após a visita, prazo muito pequeno para a elaboração das propostas.

O MPC informou decisão neste sentido proferida por esta Corte, nos autos de nº 711.879, de relatoria do Conselheiro Moura e Castro, 08/08/2006, que transcrevo:

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.

Concluiu pela irregularidade, por considerar que a fixação de um único horário para a visita restringe a competitividade do certame, em afronta ao art. 3º da Lei nº 8.666/93, o que acolho, diante do indiscutível caráter restritivo da previsão quanto à visita técnica em horário estipulado, o que é desarrazoado e restritivo.

Considero que a exigência afrontou o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, além do art. 30, inciso III do mesmo diploma legal, *in verbis*:

**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 da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

#### **§ 1º É vedado aos agentes públicos:**

**I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos**

casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

[...] (grifo nosso).

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

(...)

**III – 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.**

(...) (grifo nosso)

Ressalto que este Tribunal já se manifestou em situações análogas neste sentido.

Posto isso, julgo irregular a previsão de que a visita técnica seja realizada em um único horário, diante da evidente restrição à competitividade.

**7. Exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita.**

A exigência está contida no subitem 1.2.5 do Anexo I do edital. Contudo, em aditamento às fls. 2.772/2.773, o Ministério Público de Contas apontou que, para fins de habilitação, a Administração 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 princípio da competitividade.

Registrou a posição do TCU sobre a matéria, em 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 reporte 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.

Acolho, pois, o apontamento do *Parquet* e julgo irregular a exigência de que pelo menos um dos atestados seja do responsável técnico que efetuou a visita, em incontestável afronta ao princípio da competitividade, sem qualquer fundamento legal que o justifique.

#### **8. Exigência de Regularidade junto ao CREA, item 1.2.3 do Anexo I do edital, fl. 140.**

O edital exigiu a certidão de registro e quitação da licitante expedida pelo CREA, como se segue:

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.

O Ministério Público de Contas, em aditamento às fls. 2.773/2.774, apontou que o art. 30 da Lei nº 8.666/93 delimita o rol de documentos hábeis à comprovação da qualificação técnica, deixando a cargo da autoridade administrativa a escolha quanto aos documentos a exigir, dependendo da complexidade do objeto a ser contratado. Contudo, não há permissão de exigência de comprovação de regularidade fiscal junto a conselhos/entidades profissionais, podendo-se exigir tão somente o registro ou inscrição na entidade profissional competente (inciso I).

Apontou doutrinas e decisões jurisprudenciais neste sentido e informou 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., participante do certame, conforme fls. 2.644/2.645.

Concluiu, pois, pela irregularidade da exigência de apresentação de certidão de registro e quitação junto ao Conselho, em afronta ao § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Acrescento que tanto a doutrina quanto a jurisprudência são no sentido de que somente é possível a exigência de inscrição na entidade profissional competente, o que não inclui a demonstração de quitação com a referida entidade.

Acolho, pois, a manifestação ministerial e julgo irregular a exigência de comprovação da regularidade junto ao CREA, item 1.2.3 do Anexo I do edital, já que extrapola injustificadamente a previsão legal.

#### **9. Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado:**

Entendeu o Ministério Público de Contas, em aditamento às fls. 2.774/2.776, que a exigência da comprovação de aptidão por meio de um único atestado, disposto no subitem 1.2.10 do edital, fl. 140, afronta o § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, já que se constitui em restrição à ampla competitividade. Apontou, ainda, que restrições não comportam interpretações extensivas e citou decisões jurisprudenciais, dentre as quais a proferida nos autos nº 748.335, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, sessão do dia 22/04/2008, que transcrevo:

[...] 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], [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’ [...].

Acrescentou que exigências além das previstas em lei devem ser expressamente justificadas, sendo admissíveis 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.

Julgo, pois, irregular a exigência ora em análise, diante da incontestável natureza restritiva da exigência, que não foi justificada, tampouco de mostrou razoável.

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

Os interessados 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.

Contudo, o Ministério Público de Contas entendeu que, nesta fase, somente poderiam ser exigidos atestados relativos ao tipo de climatização e referidas capacidades que atendessem às necessidades da Administração, devendo a condução por piso do tipo monolítico ou outro tipo de piso ser exigida como condição de execução contratual, conforme aditamento às fls. 2.776/2.778.

Fundamentou seu parecer no art. 37, XXI, da Constituição da República que determina que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Concluiu que exigências excessivas limitam o universo dos licitantes.

Após a transcrição de decisões jurisprudenciais, o MPC reputou ilegal a exigência apontada neste item, o que acolho.

Logo, julgo irregular a exigência, que uma vez mais extrapolou os limites impostos pela Lei de Licitações e afrontou o princípio da competitividade, de forma irrefutável, nos termos demonstrados pelo MPC.

**11. Vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos, subitem 10.3 (fl. 116).**

O Ministério Público de Contas apontou, em aditamento às fls. 2.778/2.779, que o subitem 10.3 do edital (fl. 116) possui disposição que veda a remessa das propostas por qualquer meio

terceirizado de encaminhamento, inclusive pelos Correios. Porém, o art. 3º da Lei de Licitações 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.

Posto isto, entendeu o *Parquet*, em seu aditamento, que é irregular a exigência, já que a distância ou a impossibilidade de comparecimento por qualquer motivo ao local da abertura dos documentos resultaria na rejeição das propostas, e que a restrição se constitui em vantagem a licitantes locais em detrimento de empresas fixadas em locais mais distantes.

Uma vez mais apontou que este Tribunal já se manifestou a este respeito, informando que 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.

Concluiu, pois, ser irregular o item em comento por não encontrar respaldo na lei e na jurisprudência pátria.

Julgo irregular a vedação de remessa de proposta pelos correios ou meios correlatos, por se constituir em restrição injustificável ao caráter competitivo do certame.

## **12. Vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no subitem 8.1.1 do Edital (fl. 114), sem a devida justificativa:**

O Ministério Público de Contas apontou em seu parecer, fls. 2.779/2.781, que o administrador tem a faculdade de decidir pela vedação, ou não, à participação de empresas em consórcio, segundo critérios de conveniência e oportunidade, o que deve ser justificado.

Porém, no caso em análise não foi apresentada justificativa quanto à vedação de participação de empresas consorciadas, o que é irregular.

A esse respeito aponto decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do voto da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, proferido em 16/05/2012, Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, extraído do Informativo de Licitações e Contratos nº 106, a seguir transcrito:

Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio. Relatório de Auditoria do Tribunal tratou das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), especificamente do Lote 5, do Edital de Concorrência nº 12011/2011, realizada pelo Ministério da Integração Nacional – (MI). Uma das irregularidades apontadas foi a restrição à participação de empresas em consórcio. Segundo o MI, “a participação de empresas sob a forma de consórcio envolveria a discricionariedade da Administração”, sendo que, conforme precedente jurisprudencial do TCU, “o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação dependerá de cada caso concreto”. Ao concordar com a alegação apresentada, o relator registrou em seu voto que “há que se demonstrar com

*fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização”. Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada empreendimento, a partir de suas variáveis, tais quais o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra e a capacitação técnica dos participantes. Diante disso, a partir do que fora examinado pela unidade instrutiva, para o relator, “há que se ponderar para o fato de que cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório”. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1246/2006, do Plenário. Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.*

Ressalto que, embora discricionária a decisão da Administração pela restrição à participação de consórcios na licitação, nos termos previstos pelo art. 33 da Lei de Licitações, a escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, ademais nas hipóteses de representar risco à competitividade do certame.

Concluo, pois, que já está pacificada a decisão quanto à irregularidade de vedação de participação de empresas consorciadas sem a devida justificativa, razão pela qual julgo irregular este item.

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

O Ministério Público de Contas, fls. 2.781/2.782, apontou que a previsão no edital, acima transcrita, contém sanção a licitante que não decorre do certame em curso, referindo-se a execução de outra contratação celebrada em momento diverso. Por isso, considerou ilegal e ilegítimo condicionar a celebração de um novo contrato à fiel execução de contrato anterior.

Acrescentou que, na hipótese de execução inadequada, a empresa deveria ser responsabilizada por meio dos procedimentos próprios, nos termos da legislação que rege a matéria.

Transcreveu decisão do Tribunal de Contas da União em situação análoga, 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.

Concluiu que qualquer restrição a ser consignada no instrumento convocatório deve estar prevista em lei ou resultar de processo administrativo, realizado com suporte nos preceitos e princípios constitucionais e legais, atendendo aos artigos 81 a 88 da Lei nº 8.666/93. Logo, a vedação contraria os incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República, sendo irregular.

Uma vez mais acolho a manifestação ministerial e julgo irregular o item em análise, diante da impossibilidade de sanção decorrente de contratação estranha ao certame.

Por fim, informo que a ação judicial citada pela então Conselheira Relatora em seu voto de fls. 701/705 – Processo nº 0024.09.588651-1, interposta perante a 3ª Vara da Fazenda Estadual, foi

arquivada em 29/03/2012, conforme consulta ao *site* do TJMG em anexo, após a desistência apresentada pelo autor.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo procedente, em parte, a denúncia e aplico multa aos responsáveis, Senhor Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA, à época, e Senhor Maurício Gonçalves Soares, Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais, à época, com fulcro no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal.

Considerando a dosimetria da pena, aplico a multa de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) individualmente aos responsáveis citados, diante das seguintes irregularidades:

- a) Inabilitação da denunciante em razão da garantia de proposta, Item 5 do Anexo I do Edital, multa no valor de R\$2.500,00;
- b) Exigência de que o responsável técnico integre o quadro permanente da licitante, nos termos do Item 1.2 do Anexo I do Edital, multa no valor de R\$2.500,00;
- c) Inabilitação da denunciante por não atender ao Item 1.3 do Anexo I do Edital, diante da indicação da marca a ser contratada, multa no valor de R\$7.500,00;
- d) Ausência de justificativa para os índices contábeis exigidos no item 2.3 do edital (fls. 141/142), multa no valor de R\$2.500,00;
- e) Visita técnica em dia e hora marcados, item 1.1.1 do edital, fl. 138, multa no valor de R\$2.500,00;
- f) Exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita, multa no valor de R\$2.500,00;
- g) Exigência de Regularidade e quitação junto ao CREA, item 1.2.3 do Anexo I do edital, fl. 140, multa no valor de R\$2.500,00;
- h) Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, subitem 1.2 do edital (fls. 138/139), multa no valor de R\$2.500,00;
- i) Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado, multa no valor de R\$2.500,00;
- j) Vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos, subitem 10.3 (fl. 116), multa no valor de R\$2.500,00;
- k) Vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no subitem 8.1.1 do Edital (fl. 114), sem a devida justificativa, multa no valor de R\$2.500,00;
- l) Vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente, item 15.6 do Edital (fl. 119), multa no valor de R\$2.500,00.

Transitada em julgado a decisão, sem recolhimento do débito, cumpra-se o disposto no parágrafo único do art. 364 do RITCMG, emitindo-se e encaminhando-se a “Certidão de Débito” ao Ministério Público de Contas para as providências necessárias.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos nos termos do art.176, inciso I do RITCMG.

Intimem-se os denunciados e a denunciante.

É como voto.

**CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:**

Acompanho o voto de Vossa Excelência, exceto quanto à alínea “k”, relativa à vedação da participação de empresas em consórcio, pois, embora considere que a discricionariedade conferida ao Administrador Público é relativa, e não absoluta, no caso concreto, verifico que o objeto do certame não esbarra em questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de consórcio de empresas para participação na licitação, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas. Isso, por si, é bastante para justificar a vedação editalícia.

Em função disso, entendo que o ponto suscitado pelo Órgão Ministerial, cinge-se à ausência de justificativa para a vedação à participação de consórcio, e não à participação, ou não, de consórcios em si, que é ato sujeito à discricionariedade da Administração Pública. Assim, a meu sentir, não há ilegalidade configurada capaz de comprometer a lisura do certame, podendo ser recomendado à Administração que, nos editais de licitação futuros, motive a vedação de participação de consórcios, quando for este o caso.

**CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO HAMILTON COELHO:**

Acompanho V.Exa.

**CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:**

APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO, QUANTO AO ITEM “K”, O CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)