

Processo: 1024248
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Construtora Novais Ltda.
Órgão: Prefeitura Municipal de Brasília de Minas
Responsável: Daniel Ferreira Gomes
Interessado: Geélison Ferreira da Silva
Procuradores: Ana Márcia dos Santos Mello - OAB/MG 58.065, Hugo Vinícius Muniz Meira - OAB/MG 125.779, Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior - OAB/MG 113.023, Beatriz Santana Duarte - OAB/MG 137.988, Darley Antunes Simões - OAB/MG 157.866, Pedro Henrique Mota Pinto - OAB/MG 155.405, Victor Fonseca Lucchesi - OAB/MG 184.337, André Pinheiro Mendes - OAB/MG 52.943E, Renata Castanheira de Barros Waller - OAB/MG 81.315 e Débora Dias Pereira - OAB/MG 154.468
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 26/11/2020

DENÚNCIA. EDITAL DE LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA E QUALIFICAÇÃO DE VIAS URBANAS. VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA INJUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ITENS DE MAIOR RELEVÂNCIA. EXIGÊNCIA DE CONTRATO FIRMADO COM TERCEIRO, DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL E OPERACIONAL, DE VISTO DO CREA LOCAL, DE CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO CUMULADO COM GARANTIAS, E DE RECOLHIMENTO DESTA. OBRIGAÇÕES IMPOSTAS EM FASE ANTERIOR À HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. A exigência de visita técnica obrigatória do responsável técnico da licitante impõe aos interessados custo adicional para a participação no certame e deve ser devidamente motivada no procedimento licitatório.
2. Incorre em irregularidade o edital que não especifica as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto licitado, conforme art. 30, §2º, da Lei nº 8.666/93.
3. É irregular a previsão editalícia de que, na falta de usina própria, a licitante deva apresentar, na fase de habilitação, contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso, uma vez que tal exigência se refere a um compromisso que será assumido junto a terceiro alheio à disputa, restringindo a competitividade do certame, bem como violando o art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93.
4. Reputa-se irregular a exigência de que os licitantes apresentem a comprovação de licenciamento ambiental e/ou operacional como requisito à habilitação, uma vez que contraria o disposto no art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93.

5. Mostra-se desarrazoado exigir, em momento anterior à habilitação, que as empresas interessadas no certame apresentem visto expedido especificamente pelo CREA/MG, haja vista que tal imposição tem o condão de afastar licitantes de outros estados, por lhes impor ônus desnecessário, sem garantia de contratação, e por impor às licitantes obrigação não especificada no art. 30, I, da Lei nº 8.666/93.
6. É ilegal a exigência cumulada de capital social mínimo e da garantia da proposta, estando previstas as formas de comprovação de qualificação econômico-financeira de forma alternativa no art. 31, §2º, da Lei nº 8.666/93.
7. É ilegal a exigência de recolhimento da garantia de participação dos licitantes em momento anterior à apresentação das propostas, por contrariar o disposto nos arts. 31, III, e 43, I, da Lei nº 8.666/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar procedente a denúncia, em face das seguintes irregularidades apuradas no edital da Concorrência Pública nº 01/17, Processo Licitatório nº 122/17, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Brasília de Minas:
 - a) exigência injustificada de visita técnica obrigatória ao local da obra, a ser realizada por responsável técnico (subitem 9.2 do edital), por impor às licitantes obrigação não especificada no art. 30, III, da Lei nº 8.666/93;
 - b) ausência de indicação dos itens de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação (subitem 12.4.2 do edital), para fins de comprovação da habilitação técnica, por violação aos termos do art. 30, § 2º, da Lei nº 8.666/93;
 - c) exigência de contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso de usina de CBUQ e de licenciamento ambiental ou de operação, em momento anterior à habilitação (subitens 12.4.3.2 e 12.4.12 do edital), em violação ao art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93;
 - d) exigência de visto do CREA/MG para empresas de outros estados em momento anterior à habilitação (subitem 12.4.12), por impor às licitantes obrigação não especificada no art. 30, I, da Lei nº 8.666/93;
 - e) exigência de capital social mínimo integralizado, cumulado com a exigência do recolhimento de garantia e exigência de recolhimento desta em momento anterior à habilitação (subitem 12.5, “a” e “h”, do edital), em contrariedade aos arts. 31, III e § 2º, e 43, I, ambos da Lei nº 8.666/93;
- II) aplicar multa, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Orgânica, ao Senhor Daniel Ferreira Gomes, presidente da Comissão Permanente de Licitação à época e subscritor do edital, no valor total de R\$4.000,00 (quatro mil reais), sendo R\$1.000,00 (mil reais) em razão de cada uma das falhas descritas nas alíneas “b” a “e”;
- III) afastar a responsabilidade do Senhor Geélison Ferreira da Silva, prefeito do Município de Brasília de Minas, nos termos da fundamentação;

- IV) recomendar ao atual prefeito do Município de Brasília de Minas que, em certames futuros, observe a necessidade de fundamentar adequadamente a opção por fazer constar no edital a exigência de visita técnica obrigatória ao local da obra, a ser realizada por responsável técnico;
- V) determinar a intimação dos responsáveis e da denunciante acerca do teor desta decisão;
- VI) determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 26 de novembro de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTA TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 26/11/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia, com pedido liminar, oferecida pela sociedade empresária Construtora Novais Ltda. – EPP em 31/08/17 (fl. 60), em face de possíveis irregularidades na Concorrência Pública nº 01/17, promovida pela Prefeitura Municipal de Brasília de Minas para a contratação de empresa para execução de obra de pavimentação asfáltica e qualificação de vias urbanas do município, sob o regime de empreitada por preço global, com valor total estimado em R\$3.851.102,18 (três milhões oitocentos e cinquenta e um mil cento e dois reais e dezoito centavos), conforme edital e seus anexos, juntados às fls. 169/199 e 225/253.

Os autos foram distribuídos à relatoria do conselheiro Mauri Torres em 06/09/17, que determinou a intimação do Município de Brasília de Minas, na pessoa do prefeito municipal, Senhor Geélison Ferreira da Silva (fls. 63/64), para se manifestar acerca dos fatos suscitados pela denunciante.

O município apresentou a petição de fls. 73/74, assinada pelo Senhor Daniel Ferreira Gomes, presidente da Comissão Permanente de Licitações (CPL), juntamente com os documentos de fls. 75/1.135.

Em seguida, o processo foi encaminhado para análise da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL), que emitiu o estudo técnico de fls. 1.138/1.160, por meio do qual reconheceu os apontamentos feitos pela denunciante e corroborou a ocorrência das irregularidades constantes no edital, precisamente nos subitens 12.5, “h”; 9.2; 12.4.2; 12.4.12; 12.4.3.2 e 12.4.4. A Unidade Técnica opinou, ainda, pela não suspensão do certame, tendo em vista o risco de prejuízos à municipalidade.

O Ministério Público de Contas (MPC), por sua vez, ofereceu aditamento à denúncia, incluindo como irregulares os subitens 7.3 e 12.5, “a”, do edital da Concorrência Pública nº 01/17, bem como requereu a realização de diligência (fls. 1.153/1.154v).

Instada a se manifestar, a Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia (CFOSE) acostou aos autos o relatório técnico de fls. 1.156/1.157, mediante o qual também solicitou diligência para complementação da instrução do feito.

Intimado, conforme fls. 1.159/1.160 e 1.175/1.176, o Município de Brasília de Minas informou a suspensão do processo licitatório por ordem judicial (1.166/1.170) e, posteriormente, a conclusão do certame e início da execução das obras (fl. 1.180). Na oportunidade, encaminhou cópia integral do Processo Licitatório nº 122/17, Concorrência Pública nº 01/17, conforme fls. 1.181/2.040v.

Os autos retornaram para análise da CFOSE, que ratificou as irregularidades editalícias apontadas pela CFEL (fls. 1.140v/1.149). No que concerne aos preços contratados, concluiu pela sua consonância com os valores praticados no mercado (fls. 2.413/2.415v).

Às fls. 2.418/2.418v, o *Parquet* de Contas opinou pela a citação dos responsáveis.

O processo foi redistribuído à minha relatoria em 18/02/19, nos termos do art. 115 do Regimento Interno (fl. 2.419).

No despacho de fls. 2.420/2420v, de 13/03/19, considerei prejudicada a análise da liminar requerida pela denunciante e determinei a citação do prefeito municipal e do presidente da CPL.

Devidamente citados (fls. 2.426/2.426v), os Senhores Geélison Ferreira da Silva e Daniel Ferreira Gomes apresentaram as defesas de fls. 2.438/2.455 e 2.456/2.478, respectivamente.

No parecer técnico conclusivo, às fls. 2.497/2.518, a 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (4ª CFM) entendeu pela manutenção das irregularidades apontadas no edital da Concorrência Pública nº 01/17 (itens 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 e 2.6.2 do seu estudo), com exceção da indicada no subitem 7.3 (item 2.6.1 do seu estudo). Desse modo, opinou pela aplicação de sanção aos responsáveis.

Ao final, o *Parquet* de Contas referendou os termos do relatório técnico elaborado pela 4ª CFM, concluindo pela procedência parcial da denúncia e opinando pela aplicação de multa aos responsáveis, bem como pela emissão de recomendações (peça nº 51).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, trata-se de denúncia oferecida pela sociedade empresária Construtora Novais Ltda. – EPP em face de possíveis vícios na Concorrência Pública nº 01/17, promovida pela Prefeitura Municipal de Brasília de Minas para a contratação de empresa para execução de obra de pavimentação asfáltica e qualificação de vias urbanas do município.

A Unidade Técnica, em análise preliminar, concluiu pela ocorrência das seguintes irregularidades (fls. 1.138/1.160):

- a) exigência de apresentação de garantia da proposta à tesouraria municipal no dia 14/08/2017, dois dias antes da data prevista para entrega e abertura dos envelopes, que ocorreu no dia 16/08/17, fato que contraria o disposto no art. 43, inciso I da Lei nº 8.666/93 (subitem **12.5**, **alínea “h”**, do edital);
- b) descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias entre a publicação do aviso contendo o resumo da alteração do edital (que ocorreu nos dias 05/08/17 e 07/08/17) até o recebimento das propostas ou da realização da licitação (que estava previsto para ocorrer no dia 16/08/17), contrariando o previsto no art. 21 §2º, II, alínea “a” e §4º da Lei nº 8.666/93;
- c) exigência de que a visita técnica seja realizada por engenheiro responsável técnico da licitante, subitem **9.2** do edital;
- d) falta da especificação no subitem **12.4.2** do edital das parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto da licitação;
- e) exigência de visto do CREA-MG na fase de habilitação, prevista no subitem **12.4.12** do edital, por extrapolar a condição de habilitação contida no inciso I do art. 30 da Lei nº 8.666/93 e por ser contrária ao princípio da igualdade de condições de participação, contido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988;
- f) exigência de comprovação de compromissos formais prévios, firmados pela licitante com a usina de CBUQ, do tipo “contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso”, bem como a exigência de “Licença Ambiental” e de “Licença de Operação” destas usinas, como condição para comprovação da qualificação técnica das licitantes, conforme previsto nos subitens **12.4.3.2** e **12.4.4** do edital, fl. 228, irregularidades essas que possuem potencial suficiente para restringir a participação de possíveis interessados na licitação por contrariarem o disposto nos artigos 3º, §1º, inciso I e o art. 30, § 6º da Lei nº 8.666/93.

Após, houve aditamento à denúncia pelo MPC, em que se incluiu como irregularidades: a

vedação à participação de consórcios (subitem 7.3 do edital) e a exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta (subitem 12.5, “a” e “h”, do edital).

Por fim, depois de apresentadas as defesas pelos responsáveis, a 4ª CFM elaborou o exame técnico conclusivo de fls. 2.516v/2.517, tendo entendido pela manutenção das incorreções a seguir:

Item 2.1 - Exigência no subitem 12.5, alínea “h”, do edital de garantia da proposta em momento anterior a apresentação dos documentos de habilitação;

Item 2.2 - Ilegalidade da exigência prevista no subitem 9.2 do edital, que estabelece visita técnica obrigatória ao local da obra, a ser realizada pelo(s) responsável(is) técnico(s) formalmente designado(s);

Item 2.3 - Ausência da indicação dos itens de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação no subitem 12.4.2 do edital, conforme determina o art. 30 §1º, I, da Lei nº 8.666/93;

Item 2.4 - Ilegalidade das exigências previstas nos subitens 12.4.3 (12.4.3.1 e 12.4.3.2), 12.4.4, 12.4.5 e 12.4.6;

Item 2.5 - Ilegalidade das exigências previstas nos subitens 12.4.12 do edital, que trata da exigência do visto do CREA/MG para as empresas de outros Estados na fase de habilitação;

Item 2.6 – Da Manifestação do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais:

Item 2.6.2 - Exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta (12.5, alínea “a”, do edital)

Feitas essas considerações, passa-se à análise dos apontamentos que deram ensejo à citação dos responsáveis, observando-se a ordem em que os subitens aparecem no ato convocatório e, ainda, a referência adotada pela 4ª CFM em sua manifestação conclusiva.

A) Vedação à participação de consórcios (subitem 7.3 do edital - item 2.6.1 do relatório técnico conclusivo)

O Ministério Público de Contas, em aditamento da denúncia (fls. 1.153/1.154), considerou irregular o subitem 7.3 do edital da Concorrência Pública nº 01/17, por impossibilitar a participação de consórcios empresariais (fl. 24).

Argumentou que diante da complexidade do objeto licitado, a escolha pela vedação de consórcios deveria ter sido expressamente justificada pelo Município de Brasília de Minas.

As defesas apresentadas pelos Senhores Geélison Ferreira da Silva e Daniel Ferreira Gomes (fls. 2.438/2.455 e 2.456/2.478) pugnaram pela desconsideração do apontamento ministerial, sob a alegação de que o veto à participação de consórcios é matéria afeta à discricionariedade do ente licitante, sendo certo de que tal regra editalícia não significa, por si só, restrição da competitividade no certame.

A Unidade Técnica entendeu não subsistir o vício indicado pelo *Parquet* de Contas, sobretudo porque este Tribunal, em seus julgados mais recentes, firmara o entendimento de que “a vedação injustificada de empresas organizadas por meio de consórcios não configura irregularidade”, conforme elucidado no item 2.6.1 do relatório técnico (fls. 2.513/2.514).

Sobre o tema, esclareço que, embora tenha adotado, no passado, o entendimento de que a vedação à participação de empresas organizadas sob a forma de consórcios em procedimentos licitatórios devesse ser justificada, as ponderações trazidas pelo Conselheiro Hamilton Coelho nos autos do Processo nº 912.078, fizeram-me rever meu posicionamento.

É que a leitura do disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas, *in verbis*:

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

O Conselheiro Hamilton Coelho nos autos do Processo nº 912.078, levado a julgamento na sessão de 17/05/16, apresentou manifestação no seguinte sentido:

O emprego, pelo legislador, da locução “quando permitida” evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos.

Nessa toada, tem-se que a justificativa da previsão editalícia somente se aplica nas hipóteses em que o ato convocatório permite a participação de consórcios empresariais, o que não é o caso dos autos.

Diante disso, por considerar não ter havido grave infração à norma legal ou regulamentar, afasto o apontamento para julgar improcedente a denúncia no que tange ao presente tópico.

B) Exigência de visita técnica obrigatória ao local da obra, a ser realizada por responsável técnico (subitem 9.2 do edital – item 2.2 do relatório técnico conclusivo)

A empresa denunciante, Construtora Novais Ltda. – EPP, aduziu a ocorrência de manifesta irregularidade no subitem 9.2 do edital impugnado, consubstanciada na exigência de visita ao local da obra, a ser realizada por seu(s) responsável(eis) técnico(s), em momento anterior à formulação da proposta.

Com efeito, o ato convocatório da Concorrência Pública nº 01/17 assim previu (fl. 25):

9 - DA VISITA TÉCNICA

9.1 Antes de apresentar sua proposta, a licitante deverá analisar os projetos e todos os documentos do Edital, devendo vistoriar os locais dos serviços, executando todos os levantamentos necessários ao desenvolvimento de seus trabalhos, de modo a não incorrer em omissões, as quais não poderão posteriormente ser alegadas em favor de eventuais pretensões de acréscimo de preços ou de qualquer alteração contratual.

9.2 As licitantes deverão realizar vista técnica no local do cumprimento dos objetos, através de seu(s) responsável(eis) técnico(s), formalmente designado(s) e se inteirar oficialmente dos serviços a serem executados, de modo que a formulação de sua proposta cubra todos os custos decorrentes de sua execução, e obter todas as informações necessárias para a formalização da proposta comercial e consequente execução do objeto. **A comprovação da visita técnica deverá ser feita pela licitante, na forma do ANEXO IV, a qual integrará os documentos de habilitação.** (Grifou-se)

Os defendentes alegaram (fls. 2.438/2.455 e 2.456/2.478), em síntese, que tal previsão objetivava garantir que as participantes tivessem conhecimento técnico acerca dos elementos constitutivos do local de execução da obra, a fim de evitar alegações de desconhecimento de especificidades e/ou readequações de projeto que poderiam dificultar o cumprimento do contrato.

No que tange à exigência de a visita ser realizada por responsável técnico, argumentaram que a Lei nº 8.666/93 não especifica a quem compete realizá-la, mas que se mostra adequado exigir das licitantes o envio de um profissional qualificado para tal.

A Unidade Técnica (fls. 1.142v/1.144v e 2.502/2.505v), no que foi seguida pelo MPC (peça nº 51), opinou pela procedência da denúncia no que concerne ao presente apontamento, tendo em vista que a imposição da visita técnica, nos termos prescritos pelo subitem impugnado, acarreta ônus excessivo e injustificado às participantes em momento prévio à habilitação, ensejando a diminuição do universo de licitantes.

Primeiramente, a respeito do assunto, cumpre reproduzir o teor do art. 30, III, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

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;

Como se depreende, o inciso III do art. 30 da Lei nº 8.666/93 objetiva assegurar que o licitante tenha conhecimento de todas as informações e condições locais para o cumprimento das obrigações contratuais, evitando, assim, futuras alegações, por parte da contratada, de que foi surpreendida com uma ou outra circunstância fática da qual não teve conhecimento prévio.

Acerca do assunto, no Recurso Ordinário nº 1.024.580, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, julgado em 01/08/18, este Tribunal assim se posicionou:

Por construção jurisprudencial, decorrente da interpretação do inciso III do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, conjugado com os demais dispositivos e princípios do mesmo diploma legal e constitucionais, entende-se que, via de regra, a visita técnica, quando prevista no edital, deve ser facultativa, admitindo-se, entretanto, que seja obrigatória em hipóteses extraordinárias, nas quais a obrigatoriedade seja plausível, considerando as peculiaridades do objeto e a impossibilidade de que todas as informações pertinentes e necessárias à formulação de propostas, das quais os licitantes devam ter conhecimento prévio, sejam documentalmente disponibilizadas no edital ou consoante regramento nele inserido, fato a ser devidamente justificado no processo licitatório em sua fase interna. (Grifou-se)

Na mesma esteira, no Acórdão nº 505/2018 – Plenário, cuja sessão ocorreu em 14/03/18, o Tribunal de Contas da União (TCU) considerou que “a exigência de visita técnica é permitida em casos expressamente justificados, ou seja, não é absolutamente vedada”. A visita técnica poderia ser exigida, assim, como requisito de habilitação do certame desde que se trate de condição imprescindível ao conhecimento das particularidades do objeto a ser licitado, bem como que esteja justificada esta opção.

Desse modo, para que seja exigida a visita, é necessário que a Administração Pública disponha de justificativa de ordem técnica, conforme doutrina de Joel de Menezes Niebuhr¹. Para tanto, o objeto da licitação deve apresentar alguma peculiaridade, especialmente quanto ao local onde deve ser executado, que justifique a obrigatoriedade da visita por parte das licitantes.

¹ *In: Licitação pública e contrato administrativo*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 414.

No caso dos autos, a despeito da relevância e do custo do objeto licitado, não foram apresentadas justificativas sobre a complexidade das obras licitadas na Concorrência Pública nº 01/17, aptas a fundamentar o requisito da visita técnica obrigatória.

Tem-se, ainda, um segundo aspecto a ser abordado neste tópico, que é o que diz respeito à exigência, segundo alegou a denunciante, de que a visita técnica fosse realizada por engenheiro.

Em seu argumento (fl. 8), colacionou ementa de julgado do Tribunal de Contas da União (TCU), mediante o qual fora considerado irregular edital de licitação que impunha a presença de um engenheiro civil quando da visita técnica (Acórdão nº 2299/11, Plenário, relator Min. Subs. Augusto Sherman Cavalcanti, sessão de 24/08/11).

Quanto a essa questão, compreendo, igualmente, tratar-se de exigência que deve estar devidamente motivada no procedimento licitatório.

Esclarece-se que o edital ora analisado, apesar de não ter previsto a presença específica de um engenheiro civil, como referenciado no Acórdão nº 2299/11 do TCU, dispôs no subitem 9.2 que as “licitantes deverão realizar visita técnica no local do cumprimento dos objetos, através de seu(s) responsável(eis) técnico(s), formalmente designado(s) (...)”.

Por responsável técnico, no contexto da Concorrência Pública nº 01/17, deve-se compreender os profissionais aos quais o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea) faz referência no art. 3º, da revogada Resolução nº 413/97 e, atualmente, no art. 16 da Resolução nº 1.121/19. Veja-se:

Art. 3º - O responsável técnico da pessoa jurídica, para cada atividade a ser exercida na nova Região, deve estar registrado ou com o respectivo registro visado no Conselho Regional onde for requerido o visto.

Art. 16. Responsável técnico é o profissional legalmente habilitado e registrado ou com visto que assume a responsabilidade perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia e o contratante pelos aspectos técnicos das atividades da pessoa jurídica envolvendo o exercício de profissões fiscalizadas pelo Sistema Confea/Crea.

Desta feita, assiste razão à denunciante, uma vez que o ato convocatório impugnado requereu não só que a visita técnica fosse realizada, mas também exigiu a presença de profissional habilitado, sem as necessárias justificativas.

Portanto, julgo procedente a denúncia, reconhecendo como irregular o subitem 9.2 do edital da Concorrência Pública nº 01/17, por exigir, injustificadamente, visita técnica ao local da obra, a ser realizada por responsável técnico.

Considerando, no entanto, que a falha apurada diz respeito à falta de motivação do ato, não sendo possível, a meu ver, concluir com segurança que a visita técnica não era necessária para esse objeto e tampouco que a presença do responsável técnico da licitante era dispensável nesse caso concreto, deixo de sancionar o subscritor do ato convocatório e entendo ser suficiente a expedição de recomendação ao atual prefeito do Município de Brasília de Minas para que, em certames futuros, observe a necessidade de fundamentar adequadamente a opção por fazer constar no edital a exigência em comento.

C) Ausência de indicação dos itens de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação (subitem 12.4.2 do edital – item 2.3 do relatório técnico conclusivo)

A denunciante também suscitou haver irregularidade relativa ao subitem 12.4.2 do edital, porquanto exigia que os licitantes comprovassem a execução prévia, pelo engenheiro responsável, de obras e serviços de natureza e quantitativos equivalentes ao da Concorrência

Pública nº 01/17, sem, todavia, indicar no ato convocatório os itens de maior relevância técnica e o valor significativo do objeto da licitação, a fim de serem utilizados como parâmetros objetivos pelos competidores.

Os responsáveis, nas defesas de fls. 2.438/2.455 e 2.456/2.478, pugnaram pela improcedência da denúncia, tendo em vista que, quanto ao presente tópico, a CPL deu provimento ao recurso administrativo interposto pela empresa denunciante, reabilitando-a.

Alegaram, ainda, que a referida omissão dos itens de maior relevância e do valor significativo do objeto licitado, ao contrário do que fora sustentado na denúncia, não atuaria como fator restritivo da competitividade do certame, mas sim de ampliação.

A Unidade Técnica, em seu estudo de fls. 1.138/1.160 e fls. 2.497/2.518, concluiu pela ocorrência da irregularidade, por violação ao disposto no art. 30, II, §1º, I, e §2º, da Lei nº 8.666/93. Nos mesmos termos, manifestou-se o *Parquet* de Contas (peça nº 51).

Inicialmente, cumpre reproduzir o teor do subitem 12.4.2 (fls. 27/28):

12.4 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

12.4.2 Atestado técnico profissional: emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado(s) no CREA, acompanhado de Certidão de Acervo Técnico – CAT, em nome do profissional, específica para a obra referida no Atestado, comprovando que o profissional indicado para ser o responsável técnico da obra, executou obras e serviços de natureza e quantitativos equivalentes aos aqui licitados.

Assim, vê-se que a exigência descrita no mencionado subitem integrava os requisitos de qualificação técnica do certame. Além disso, verifica-se que em nenhum outro subitem o edital da Concorrência Pública nº 01/17 distinguia quais seriam as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado (fls. 169/179).

Desta feita, importante trazer à baila a disposição do art. 30, II, §1º, I, e §2º, da Lei nº 8.666/93:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, **detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Grifou-se)

A partir da leitura dos mencionados dispositivos, mister concluir pela irregularidade do subitem 12.4.2 do edital, que não definiu quais eram os parâmetros a serem utilizados para comprovação da capacidade técnica das licitantes, em desrespeito à clarividente previsão do art. 30, §2º, da Lei nº 8.666/93.

No caso em tela, não é suficiente para afastar a irregularidade apontada, a alegação apresentada pela defesa de que a CPL dera provimento ao recurso administrativo interposto pela denunciante, uma vez que o ato convocatório permaneceu irregular e pode ter afastado potenciais interessados.

Outrossim, na ata da sessão de recebimento das propostas e abertura dos envelopes, datada de 16/08/17 e juntada às fls. 16/18, pode-se conferir que outra participante também se atentou para a ausência da identificação das parcelas de maior relevância e do valor significativo, confira-se:

Ato seguinte, a representante da empresa MAIS CONSTRUTORA LTDA., Sra. Jéssica Nunes da Silva, solicitou contasse nesta a informação de que há Acórdão do TCU, dando conta de que o percentual para avaliação dos itens de maior relevância da tabela de custos deve ser de 50% (cinquenta por cento).

Portanto, relativamente à irregularidade versada no presente tópico, julgo procedente a denúncia, tendo em vista que o edital da Concorrência Pública nº 07/17 deixou de especificar as quantias atinentes às parcelas de maior relevância e de valor significativo, contrariando os termos do art. 30, §2º, da Lei nº 8.666/93 e prejudicando a objetividade da apresentação e da análise das propostas.

D) Exigências de comprovação de qualificação técnica descritas nos subitens 12.4.3, 12.4.3.1, 12.4.3.2, 12.4.4, 12.4.5 e 12.4.6 do edital (item 2.4 do relatório técnico conclusivo)

Consoante a denúncia oferecida pela empresa Construtora Novais Ltda. – EPP, o edital da Concorrência Pública nº 01/17 também incorreu em irregularidade ao exigir, como requisito para a qualificação técnica, as seguintes comprovações (fl. 28):

12.4 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

12.4.3 Comprovação, através de declaração, que a licitante dispõe de usina fixa ou móvel para confecção de CBUQ (Concreto Betuminoso Usinado a Quente).

12.4.3.1 No caso de o licitante ser proprietário da Usina Fixa ou Móvel que utilizará, a comprovação referida neste item se dará por declaração firmada pelo mesmo.

12.4.3.2 No caso de o licitante não possuir usina própria, deverá, obrigatoriamente, apresentar contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso, juntamente com declaração expressa dada pelo licitante, de que a referida usina atende à demanda de todo o CBUQ necessário à execução da obra em questão. O aludido contrato deverá ter firma reconhecida em cartório.

12.4.4 Apresentação de licença ambiental da usina através de AAF (Autorização Ambiental de Funcionamento) ou LO (Licença de Operação), expedida pela SEMAD/COPAM ou órgão hierarquicamente superior.

12.4.5 Comprovação, através de declaração, que a licitante dispõe de laboratório para a análise de asfalto.

12.4.6 Comprovação, através de declaração, de que a licitante dispõe, na data desta licitação, bem assim pelo prazo necessário para execução do objeto licitado, dos equipamentos necessários a execução dos serviços, objeto deste edital. A relação dos equipamentos é a seguinte:

Equipamentos	Quantidades
Motoniveladora marca Caterpillar, Volvo, New Holland, etc	01
Caminhão pipa capacidade 6000 litros	01
Carregadora de pneus Caterpillar, Volvo, New Holland ou similar	01
Usina de Asfalto para CBUQ, fixa ou móvel	01
Rolo de pneus CP 224, SP 6000 ou similar	01
Rolo liso CA 15 liso, VAP 55 liso ou similar	01
Vibro acabadora de pneus ou esteira, com cap. de lançamento de CBUQ, com largura mínima de 3,0 metros	01
Vassoura mecânica, Catterpillar, Case, Bobcat, Volvo ou similar	01
Caminhão basculante	01
Trator agrícola com grade	01
Rolo compactador vibratório CA-250, auto propelido, marca Volvo, Dynapac ou similar	01

Os responsáveis apresentaram defesas nas quais alegam que as exigências acima descritas guardavam pertinência com o objeto da licitação e, por isso, estavam revestidas de razoabilidade.

A Unidade Técnica e o MPC, às fls. 1.138/1.160, 2.497/2.518 e peça nº 51, concluíram pela ocorrência de infração tão somente no que concerne aos subitens 12.4.3.2 e 12.4.4, tendo em vista que nos demais casos, as comprovações exigidas poderiam ser realizadas mediante declarações, em observância ao art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93², o que garantiria a ampla participação no certame.

Coaduno com o entendimento adotado nos relatórios técnicos e no parecer ministerial, de modo a vislumbrar ilegalidade, com potencial restritivo na competitividade do certame, apenas quanto aos subitens 12.4.3.2 e 12.4.4, por, de fato, imporem vínculo com terceiros (contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso) e cumprimento de obrigação (licenciamento ambiental/operacional), para além da juntada de declaração, como forma de qualificação técnica.

Por conseguinte, passo a analisá-los separadamente.

D.1) Exigência de contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso de usina de CBUQ

Conforme se extrai do excerto acima, o subitem 12.4.3.2 do edital exigiu que todos os participantes da Concorrência Pública nº 01/17, que não possuíssem sua própria usina de CBUQ, apresentassem contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso da usina em questão.

Entretanto, entendo ser equivocada tal exigência editalícia, em razão de vincular, para fins de habilitação das licitantes, realização de negócio jurídico firmado com terceiros.

² 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.

A meu juízo, deve-se aplicar ao presente caso, a mesma lógica já admitida por esta Corte para julgar irregulares atos convocatórios de procedimentos licitatórios que previam a exigência de declaração emitida por terceiros. Pois, da mesma forma, os contratos descritos no supracitado subitem 12.4.3.2 configuram documento representativo de compromisso firmado junto a outrem, totalmente alheio ao certame.

Exemplificando, a respeito da irregularidade consubstanciada na exigência de declaração firmada por terceiros para fins de habilitação em licitação, já se manifestou o Tribunal, nos autos do Agravo nº 944.809:

1) Para fins de habilitação em procedimento licitatório é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

2) O fornecimento de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) nas condições previstas em normas técnicas reguladoras da matéria constitui obrigação do licitante vencedor, cujo inadimplemento o sujeitará às sanções administrativas preceituadas em lei e no ajuste, o que é diferente de obter a garantia dessa entrega como prova de aptidão técnica mediante a apresentação de declaração de terceiros, os quais determinarão se o licitante será habilitado ou não no certame. (Agravo n. 944809, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Sessão de 18/03/15) (Grifou-se)

Tal questão já conta, inclusive, com súmula vigente no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a qual preceitua que:

Súmula n. 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Isto posto, mostra-se irregular a previsão em edital de que a licitante, na falta de usina própria, deva apresentar, na fase de habilitação, contrato de aluguel, arrendamento ou de cessão de uso de usina de CBUQ, uma vez que a exigência se refere a um compromisso que será assumido junto a terceiro alheio à disputa, o que restringe a competitividade do certame ao impor ônus desnecessário à participante.

Ressalte-se que seria razoável exigir tal documento, apenas do licitante vencedor, já na fase de contratação, conferindo-lhe prazo razoável para cumprimento desta obrigação.

Nesse cenário, acolho as alegações da denunciante e julgo procedente a denúncia relativamente ao subitem 12.4.3.2 do edital em análise.

D.2) Exigência de licenciamento ambiental ou de operação

O subitem 12.4.4, por sua vez, previa a apresentação de “licença ambiental da usina através de AAF (Autorização Ambiental de Funcionamento) ou LO (Licença de Operação), expedida pela SEMAD/COPAM ou órgão hierarquicamente superior”, também como requisito de qualificação técnica para habilitação das participantes.

Acerca da matéria, há de se destacar que não restam dúvidas quanto à necessidade de licenciamento ambiental e operacional, emitido pelo órgão fiscalizador competente, para que seja legalmente possível a instalação e produção de concreto betuminoso usinado a quente, essencial na execução do objeto licitado na Concorrência Pública nº 01/17.

Todavia, entendendo que a exigência em apreço fora realizada em momento inoportuno, uma vez que a Administração não poderia impor a apresentação da regularização ambiental e/ou operacional na fase de habilitação.

Nesse sentido, como Relator, já me posicionei:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. APONTAMENTOS. FALTA DE EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL OU AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL DE FUNCIONAMENTO. (...) 1) Não se busca a promoção da sustentabilidade nas contratações públicas por meio da fase de habilitação, porquanto esta é jungida a rígidas restrições legais por força do disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, sendo na escolha de produtos e serviços e na elaboração de projetos que privilegiam o menor impacto ambiental que a Administração Pública promoverá a sustentabilidade, respeitando, evidentemente, os princípios originalmente previstos na norma geral, em especial, o da economicidade e da busca pela maior vantagem na contratação. (TCE/MG. Denúncia nº 851044. Primeira Câmara. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Julgada em 10/11/15. Publicada em 25/01/16)

Confira-se, ainda, o seguinte julgado deste Tribunal:

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE LIMPEZA URBANA. FALHAS NO CERTAME. (...) (...)

3. A jurisprudência majoritária tem decidido que as exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes somente poderá ser exigida declaração de que reúnem condições de apresentá-los no momento oportuno, nos termos do art. 30, § 6º da Lei 8.666/93. (TCE/MG. Denúncia nº 951367. Primeira Câmara. Relator: Conselheiro Mauri Torres. Julgada em 26/04/16. Publicada em 26/10/16)

Assim, nos mesmos termos do que fora elucidado anteriormente, quanto à exigência de contrato firmado com terceiro, entendo que a apresentação de licenciamento ambiental e/ou operacional só poderia ser exigida da licitante vencedora no momento da celebração do contrato. Demandá-la na fase de habilitação constitui cláusula com potencial de diminuir o universo de competidores.

Em sentido contrário, a exigência da sobredita documentação como condição de contratação, mostra-se, inclusive, mais vantajosa para o município, pois permitiria a participação de empresas que ainda não a obtiveram, mas que poderiam consegui-la antes da celebração do contrato.

Pelo exposto, reputa-se irregular a exigência de que os licitantes apresentem a comprovação da normalização ambiental/operacional no momento da habilitação, devendo ser reconhecida a irregularidade do subitem 12.4.4 e julgada procedente a denúncia.

E) Exigência de visto do CREA/MG para empresas de outros estados em momento anterior à habilitação (subitem 12.4.12 do edital – item 2.5 do relatório conclusivo)

Outro subitem impugnado pela denunciante é o 12.4.12, que exigia das licitantes de outros estados, visto concedido pelo CREA/MG, a título de qualificação técnica.

Nas razões de defesa (fls. 2.438/2.455 e 2.456/2.478), os responsáveis sustentaram não assistir razão à denunciante, uma vez que o mencionado subitem encontra guarida na Lei Federal nº 5.194/66, que regulamenta a profissão de engenheiro e assim dispõe em seu art. 58:

Art. 58. Se o profissional, firma ou organização, registrado em qualquer Conselho Regional, exercer atividade em outra Região, ficará obrigado a visar, nela, o seu registro.

A Unidade Técnica e o MPC, todavia, opinaram pelo reconhecimento da irregularidade apontada, explicando que esta não reside no teor propriamente dito da exigência, mas sim no momento escolhido para sua comprovação, qual seja, antes da habilitação (fls. 1.138/1.160, 2.497/2.518 e peça nº 51).

Salienta-se que, ao tratar da documentação necessária para comprovação da qualificação técnica, o art. 30, I, da Lei nº 8.666/93 prevê:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

Nesta senda, vê-se que a lei de regência não especifica que o registro profissional deve ser junto à entidade profissional da localidade da prestação de serviço, sobretudo porque o registro e a inscrição na entidade profissional competente, de um modo geral, independentemente se provinda do CREA/RJ ou CREA/BA, por exemplo, já é o bastante para comprovar o devido credenciamento dos profissionais, dando prova de suas respectivas formações.

Assim, mostra-se desarrazoada a imposição, em momento anterior à habilitação, de que as empresas interessadas no certame apresentem o visto expedido especificamente pelo CREA/MG, haja vista que tal requisito tem o condão de afastar licitantes de outros estados, por lhes impor ônus desnecessário, sem garantia de contratação.

Nesse ponto, cumpre registrar que às fls. 1.148v/1.149, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) colacionou diversos julgados deste Tribunal, já alinhados em considerar irregular a exigência ora analisada, dentre os quais se destaca:

Representação. Ilegal exigência de visto do CREA-MG. “Encontra-se, ainda, estabelecida (...) a exigência de visto do CREA-MG, para empresas com sede em outros estados, na prova de registro ou inscrição na entidade profissional competente, a ser apresentada pelos licitantes para habilitação. (...) **A competência regulamentar do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CONFEA não lhe permite modificar o conteúdo da Lei de Licitações e estabelecer condições para seus jurisdicionados participarem de concorrências públicas. Ademais, a Resolução CONFEA nº 413, de 27/7/97, que cria a obrigatoriedade de visto do Conselho Regional para participação em licitações promovidas por órgãos públicos em outros Estados da Federação, na qual se funda a exigência editalícia, encontra óbice no disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição, que estabeleceu o princípio da igualdade de condições para todos os concorrentes. Por isso, entendo que o instrumento convocatório sob exame poderia exigir o visto do CREA/MG apenas para a prestação do serviço por empresa sediada em outro Estado que, eventualmente, vença o certame, mas nunca para dele participar, por configurar restrição ao exercício de atividade profissional, além de extrapolar a condição de habilitação contida no inciso I do art. 30 da Lei 8666/93.** (Representação nº 713737, Rel. Conselheiro Mora e Castro. Sessão do dia 08/08/06) (Grifou-se)

No mesmo sentido, tem-se manifestação de 01/04/20, do Plenário do TCU, no âmbito do Acórdão nº 739/2020, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, em cujo inteiro teor se lê:

41. Em outras palavras, o licitante, sob o aspecto de fiscalização profissional, já se mostrou apto para ser contratado pela administração com o seu registro originário no Crea. Assim, o registro suplementar, embora necessário por expressa disposição legal, é dispensável para se aferir a capacidade da empresa e consiste mais em um instrumento de apoio à fiscalização do conselho profissional com jurisdição sobre onde será executado o serviço.

42. Sob esse aspecto, cabe observar que a imposição de despesa desnecessária a todos que desejem participar da licitação pode afastar potenciais licitantes. Trata-se, assim, de típica exigência a ser exigida somente do vencedor da licitação na fase de contratação, pois não é razoável impor ao licitante uma obrigação que somente se fará necessária caso seja vencedor da licitação.

43. Em suma, se não é imprescindível para a avaliação da capacidade técnica da empresa, de acordo com as normas antes expostas, não é cabível a exigência na fase de habilitação.

44. Pertinente a respeito é a seguinte manifestação do Tribunal Federal da 3ª região e mantida pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão monocrática (Recurso Especial 1.587.643/2018):

“se a empresa licitante já se encontra regularmente registrada junto à entidade de classe do local onde está estabelecida, a imposição do visto do CREA do local onde a obra será executada se revela completamente desarrazoada, eis que tal exigência fere os princípios da livre concorrência e da busca do menor preço para a implementação de obras públicas, restringindo a isonomia entre os participantes”.

Denota-se, portanto, que impor exigência de visto do CREA/MG para as licitantes de outros estados, como critério de qualificação técnica, configura norma de caráter restritivo da competição no certame.

Sendo assim, julgo procedente a denúncia no que concerne ao subitem 12.4.12 do Edital de Concorrência nº 01/17.

F) Exigência de capital social mínimo integralizado cumulado à exigência do recolhimento de garantia e exigência de recolhimento desta em momento anterior à habilitação (subitem 12.5, “a” e “h”, do edital – itens 2.1 e 2.6.2 do relatório técnico conclusivo)

Por meio de aditamento da denúncia (fls. 1.553/1.554v), o *Parquet* de Contas apontou como irregular o subitem 12.5, “a”, cumulado com subitem 12.5, “h”, do edital da Concorrência Pública nº 01/17, que exigia das licitantes a comprovação de capital social mínimo integralizado juntamente com o recolhimento de garantia, nos seguintes termos:

12.5 QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

a) Documento arquivado na Junta Comercial, demonstrativo de que a licitante possui capital social integralizado correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado para contratação;

(...)

h) Recibo, emitido pela tesouraria municipal, de recolhimento de garantia da proposta no valor de 1% (um por cento) do valor estimado da licitação, a ser devolvido às licitantes, exceto à primeira colocada, tão logo homologado o resultado.

*Obs: A garantia poderá ser prestada em qualquer das modalidades previstas no inciso III do art. 31 da Lei n. 8666/93 e deverá ser apresentado à tesouraria municipal até às 12h00min do dia 14/08/2017. A garantia a ser prestada em dinheiro deverá ser depositada na Conta Corrente n. 38.005-9, Banco do Brasil, Agência n. 0902-4, em favor do Município de Brasília de Minas. O referido recibo integrará os documentos de habilitação (envelope 01).

Segundo fundamentou o MPC (fls.1.153/1.154v), a cumulação de tais exigências encontra óbice legal na previsão do §2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93.

Em suas defesas (fls. 2.438/2.455 e 2.456/2.478), os Senhores Geélison Ferreira da Silva e Daniel Ferreira Gomes apenas alegaram que o caráter competitivo da licitação não fora prejudicado em razão da exigência de demonstração de capital mínimo integralizado.

A Unidade Técnica (fls. 2.497/2.518) opinou pelo reconhecimento da irregularidade, nos termos consignados pelo *Parquet* de Contas, e ainda ressaltou que os defendentes não arguíram nada sobre a cumulação das exigências.

Para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes, a Lei nº 8.666/93 dispõe, em seu art. 31, §2º, o seguinte:

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

(...)

§ 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.

A partir da leitura do citado dispositivo, conclui-se que à Administração fora facultado escolher qual meio de comprovação de suficiência econômica melhor atenderia suas expectativas de contratação: se a exigência de capital mínimo OU de patrimônio líquido OU as garantias previstas no §1º do art. 56.

Assim, não há dúvidas de que incorre em vício o ato convocatório que prevê, para fins de verificação de capacidade econômico-financeira, mais de uma das opções elencadas no supracitado dispositivo.

Trata-se, também, de matéria já sumulada no âmbito do TCU:

SÚMULA Nº 275

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

Assim, considerando a ilegalidade da exigência cumulativa de capital social mínimo e da garantia da proposta, julgo procedente a denúncia face à irregularidade contida na conjugação das alíneas “a” e “h” do subitem 12.5 do edital em apreço.

Por fim, a denunciante alegou que fora inabilitada do certame em razão de não ter cumprido exigência irregular constante do instrumento convocatório, atinente ao momento de apresentação da garantia.

Os responsáveis, nas defesas apresentadas (fls. 2.438/2.455 e 2.456/2.478), esclareceram que a Construtora Novais Ltda. – EPP fora inabilitada por não ter comprovado o depósito da garantia até o horário previsto no edital e, assim sendo, recorreu de sua inabilitação e ofereceu a presente denúncia a este Tribunal.

Informaram que a CPL, ao julgar o recurso administrativo da licitante, deu-lhe provimento e aceitou o recibo de depósito apresentado posteriormente pela licitante, juntamente com os demais documentos de habilitação, o que afastou a limitação de prazo prevista no edital, sem prejuízo para o regular desenvolvimento do certame para todos os concorrentes.

Sustentaram que a questão já havia sido resolvida administrativamente, admitindo-se o recolhimento da garantia da proposta até a data de entrega dos envelopes, conforme recomendado por este Tribunal, de modo que nenhum licitante deixou de participar daquele certame e, nesse sentido, não havia que se falar em nulidade ou prejuízo para a presente licitação.

Trouxeram aos autos o entendimento presente no Acórdão do TCU nº 557/2010 que, segundo alegam, reconheceria a possibilidade de se exigir o recolhimento da garantia em momento antecipado, da forma como previsto no edital.

A Unidade Técnica, ao analisar os argumentos da defesa, entendeu que a exigência da apresentação da garantia da proposta à tesouraria municipal no dia 14/08/17, dois dias antes da data prevista para entrega e abertura dos envelopes, que ocorreu no dia 16/08/17, fora irregular e excessiva, ficando evidente a inconveniência da fixação de data limite para o recolhimento da garantia, uma vez que o prazo limite deve ser o próprio prazo para a entrega dos envelopes, respeitando-se os horários de funcionamento do órgão licitante.

Acrescentou que o teor do mencionado acórdão do TCU alerta os licitantes sobre a adoção antecipada de medidas necessárias para comprovação do recolhimento da garantia junto à rede bancária. No entanto, em momento algum estipula prazo para consecução de tais medidas, diferentemente do que foi previsto na letra “h” do edital em tela, que exigiu antecedência de 02 (dois) dias para o aludido recolhimento.

Com efeito, a exigência de comprovação do recolhimento da garantia da proposta em momento anterior à apresentação dos documentos de habilitação, tal como prevista no instrumento convocatório, revela-se excessiva e inoportuna, por contrariar o disposto nos arts. 31, III, e 43, I, da Lei nº 8.666/93.

Como bem demonstrou a Unidade Técnica, o TCU tem entendimento pacífico acerca do tema, nestes termos:

A exigência de prestação de garantia antes da data de apresentação dos documentos de habilitação não encontra amparo na Lei 8.666/1993, pois, além de constituir fator restritivo à competitividade, permite o conhecimento antecipado das empresas que efetivamente participarão do certame, com possível dano à ampla concorrência. (Acórdão 6193/2015-Primeira Câmara. Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO)

É ilegal a exigência de recolhimento da garantia de participação dos licitantes em data anterior à apresentação das propostas, pois contraria os arts. 31, inciso III, e 43, inciso I, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 447/2018-Plenário. Relator: JOSÉ MUCIO MONTEIRO)

Isso posto, julgo procedente o apontamento do denunciante.

G) Descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias entre a publicação de aviso contendo o resumo de alteração do edital e o recebimento das propostas (item 2.1 do relatório técnico conclusivo)

A Unidade Técnica, às fls. 1.137/1.151, verificou que o instrumento convocatório não teria respeitado o prazo de 30 (trinta) dias entre a publicação do aviso contendo o resumo da alteração do edital e o recebimento das propostas ou realização da licitação.

Isso porque a publicação da alteração do edital, referente à inclusão do subitem 13.4 (inclusão no “envelope de Proposta de Preços” da Planilha Orçamentária de custo da obra devidamente preenchida pela licitante), teria ocorrido nos dias 05 e 07/08/17 e o recebimento das propostas ou realização da licitação estava previsto para ocorrer no dia 16/08/17, tendo os licitantes apenas 9 (nove) dias para elaborarem a planilha de custo da obra.

Tal fato, segundo afirmado, violaria o previsto no art. 21, §2º, II, “a”, e §4º, da Lei nº 8.666/93, que estabelece o prazo mínimo de 30 (trinta) dias entre a publicação do aviso contendo o resumo da alteração do edital e o recebimento das propostas ou realização do evento.

Os gestores, em sede de defesa, sustentaram, em síntese, que a alteração no edital não teria afetado a formulação das propostas, não havendo qualquer prejuízo para as licitantes, isso porque, para a elaboração do preço global da proposta seria imprescindível o detalhamento orçamentário de todos os custos da obra, ou seja, a planilha já era necessária, mas somente não era exigida a sua apresentação. Ademais, o detalhamento orçamentário dos custos da obra seria indissociável da elaboração da proposta nesse tipo de licitação, uma vez que caso a proposta já estivesse pronta, a planilha orçamentária igualmente estaria.

Assim, a inserção no envelope de nenhuma forma causaria embaraço ao licitante e a referida alteração teria atendido à exceção da regra, conforme preceitua o próprio §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

(...)

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Com razão os gestores públicos, a Concorrência Pública nº 01/17, sob o regime de empreitada por preço global, já previa em seu item 13.3 o cronograma físico-financeiro como parte integrante da proposta de preços. Confira-se:

13.3. CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO deverá ser apresentado em conformidade com o modelo fornecido pelo Município, demonstrando sua exequibilidade, discriminado no preâmbulo deste Edital, da forma a seguir:

- a) Pelo Sistema de Barras, a evolução física da execução de cada item e/ou subitem de serviços;
- b) Percentagens entre o valor global de cada item e lote e o valor correspondente ao período de execução do item/lote, compatibilizados com o cronograma físico;
- c) Valores mensais do faturamento previsto;
- d) Valores acumulados do faturamento previsto, ao longo da execução da obra.

Ora, se os licitantes teriam que apresentar cronograma físico-financeiro com alto grau de detalhamento, é razoável presumir que já possuíam o detalhamento orçamentário de todos os custos da obra. Assim, entendo que a alteração proposta no edital não teve efeito sobre a formulação das propostas, de tal modo que restou atendida a previsão do §4º do art. 21 da Lei 8.666/93.

Diante disso, julgo improcedente o apontamento técnico.

H) Responsabilidade pelas falhas apuradas

De acordo com a fundamentação acima, foram considerados procedentes os apontamentos referentes a:

- a) exigência injustificada de visita técnica obrigatória ao local da obra, a ser realizada por responsável técnico (subitem 9.2 do edital), por impor às licitantes obrigação não especificada no art. 30, III, da Lei nº 8.666/93;

- b) ausência de indicação dos itens de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação (subitem 12.4.2 do edital), para fins de comprovação da habilitação técnica, por violação aos termos do art. 30, § 2º, da Lei nº 8.666/93;
- c) exigência de contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso de usina de CBUQ e de licenciamento ambiental ou de operação, em momento anterior à habilitação (subitens 12.4.3.2 e 12.4.12 do edital), em violação ao art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93;
- d) exigência de visto do CREA/MG para empresas de outros estados em momento anterior à habilitação (subitem 12.4.12), por impor às licitantes obrigação não especificada no art. 30, I, da Lei nº 8.666/93;
- e) exigência de capital social mínimo integralizado cumulado com a exigência do recolhimento de garantia e exigência de recolhimento desta em momento anterior à habilitação (subitem 12.5, “a” e “h”, do edital), em contrariedade aos arts. 31, III e § 2º, 43, I, da Lei nº 8.666/93.

Primeiramente, cumpre esclarecer que, em relação à falha descrita na alínea *a*, entendo ser suficiente a expedição de recomendação, conforme fundamentação já exposta neste voto, razão pela qual a conduta praticada não será apurada para fins de responsabilização.

A análise das irregularidades constantes nas alíneas *b* e *e*, entretanto, permite concluir que elas se referem a exigências atinentes à fase de habilitação ou às condições para o recebimento das propostas, todas veiculadas no edital da Concorrência Pública nº 01/17, Processo Licitatório nº 122/17, subscrito pelo Senhor Daniel Ferreira Gomes, presidente da Comissão Permanente de Licitação (fls. 169/179).

Compulsando-se os autos, é possível verificar, ainda, que foi o então presidente da CPL quem conduziu a maior parte da fase interna do certame, tendo presidido, em 16/08/17, a sessão de julgamento e de abertura de envelopes, conforme ata juntada às fls. 2.312/2.314. Mesmo tendo sido destituído da CPL em 19/09/07, consoante Portaria Municipal nº 5.731 (fls. 2.376), a sua responsabilidade diante das cláusulas editalícias não pode ser afastada.

Sobreleva destacar que foi o próprio Senhor Daniel Ferreira Gomes que emitiu o parecer jurídico de fls. 1.252/1260, datado de 28/05/18, enquanto procurador geral do Município de Brasília de Minas, mediante o qual atestou a legalidade da Concorrência Pública nº 01/17 para posterior adjudicação e homologação do certame pelo chefe do Poder Executivo.

Além disso, há de se considerar o vultoso valor envolvido na contratação, a saber, R\$3.270,572,52 (três milhões duzentos e setenta mil quinhentos e setenta e dois reais e cinquenta e dois centavos), fato que endossa a importância de se atentar para a exatidão das cláusulas editalícias, mormente daquelas que possuem o condão de interferir diretamente na competitividade do certame.

A responsabilização do referido agente público, no entanto, deve observar o disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A norma qualifica e restringe as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, pois, além de afastar a possibilidade de responsabilização objetiva, exige que o ato culposos (erro) seja “grosseiro”.

No âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB e trouxe a definição, em seu art. 12, §1º, de erro grosseiro, o qual será “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão

com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O referido decreto federal aproximou, portanto, o conceito de erro grosseiro ao de culpa grave.

De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri Filho³ “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal”.

Pode-se concluir, portanto, que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave.

Do estudo dos autos, verifica-se que os vícios constantes do ato convocatório em comento decorreram da inobservância de mandamentos legais expressos e que deveriam ser do conhecimento do agente responsável pela elaboração de editais de licitação no âmbito da municipalidade, o que evidencia, pois, a falta de cautela, inerente à culpa grave, do Senhor Daniel Ferreira Gomes, então subscritor do edital e presidente da CPL.

O responsável, ainda que não tenha agido com dolo, não se ateu ao rol taxativo das exigências de qualificação técnica previstas no art. 30 da Lei nº 8.666/93, bem como deixou de especificar informações previstas na literalidade do § 2º do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Tais incorreções, no contexto dos autos, configuram, a meu ver, erro grosseiro, autorizando a responsabilização do agente, nos termos do art. 28 da LINDB.

Destarte, como caracterizaram infração às normas legais, verifico restar configurada a hipótese de aplicação de multa ao então presidente da CPL, pelas irregularidades apuradas no ato convocatório, alíneas *b* a *e* acima, no valor total de R\$4.000,00 (quatro mil reais), sendo R\$1.000,00 (mil reais) por item irregular, com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte.

De outro lado, não vislumbro a mesma participação nos fatos do outro agente indicado como responsável, isto é, o Senhor Geélison Ferreira da Silva, prefeito municipal.

No que diz respeito ao alcaide, observa-se a sua participação no procedimento licitatório apenas em sua fase final, no ato de adjudicação e de homologação do certame (fls. 1.263/1.268) e na celebração do contrato, em 05/06/18 (fls. 1.272/1.276), o que, por si só, não é suficiente para atrair a responsabilidade pelas falhas apuradas.

É que, no presente caso, a marcha procedimental definida na Lei nº 8.666/93 foi devidamente observada, tendo a assessoria jurídica do município emitido parecer pela regularidade do edital e da fase externa, o que gerou no prefeito a legítima expectativa a respeito da legalidade do certame a fundamentar a homologação de seu resultado pela autoridade máxima no âmbito municipal.

Deste modo, tendo em vista que as falhas apuradas possuem caráter eminentemente técnico, não vislumbro contribuição relevante do então prefeito municipal para a concretização das irregularidades, faltando nexos causal entre a sua conduta e o resultado ilícito.

³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia, em face das seguintes irregularidades apuradas no edital da Concorrência Pública nº 01/17, Processo Licitatório nº 122/17, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Brasília de Minas:

- f) exigência injustificada de visita técnica obrigatória ao local da obra, a ser realizada por responsável técnico (subitem 9.2 do edital), por impor às licitantes obrigação não especificada no art. 30, III, da Lei nº 8.666/93;
- g) ausência de indicação dos itens de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação (subitem 12.4.2 do edital), para fins de comprovação da habilitação técnica, por violação aos termos do art. 30, § 2º, da Lei nº 8.666/93;
- h) exigência de contrato de locação, arrendamento ou cessão de uso de usina de CBUQ e de licenciamento ambiental ou de operação, em momento anterior à habilitação (subitens 12.4.3.2 e 12.4.12 do edital), em violação ao art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93;
- i) exigência de visto do CREA/MG para empresas de outros estados em momento anterior à habilitação (subitem 12.4.12), por impor às licitantes obrigação não especificada no art. 30, I, da Lei nº 8.666/93;
- j) exigência de capital social mínimo integralizado cumulado com a exigência do recolhimento de garantia e exigência de recolhimento desta em momento anterior à habilitação (subitem 12.5, “a” e “h”, do edital), em contrariedade aos arts. 31, III e § 2º, e 43, I, da Lei nº 8.666/93.

Em razão disso, aplico multa, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Orgânica, ao Senhor Daniel Ferreira Gomes, presidente da Comissão Permanente de Licitação à época e subscritor do edital, no valor total de R\$4.000,00 (quatro mil reais), sendo R\$1.000,00 (mil reais) em razão de cada uma das falhas descritas nas alíneas *b* e *e* acima.

Afasto a responsabilidade do Senhor Geélison Ferreira da Silva, prefeito do Município de Brasília de Minas, nos termos da fundamentação e quanto à inconsistência constante na alínea *a* recomendo ao atual prefeito do Município de Brasília de Minas que, em certames futuros, observe a necessidade de fundamentar adequadamente a opção por fazer constar no edital a exigência de visita técnica obrigatória ao local da obra, a ser realizada por responsável técnico.

Intimem-se os responsáveis e a denunciante acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, acompanho o Relator, mas gostaria de salientar, nesse caso concreto, que deixo de sancionar o prefeito pelas irregularidades verificadas porquanto, como ressaí do voto do Relator, o Senhor Daniel Ferreira Gomes foi o subscritor do edital na qualidade de presidente da Comissão de Licitação e, depois de ser destituído dessa função, exarou o parecer, de fls. 1252 a 1260 dos autos, como Procurador-Geral do Município de Brasília de Minas, no qual atestou a legalidade da Concorrência Pública n. 01/17 para posterior adjudicação e homologação do certame pelo prefeito.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Acompanho o Relator.

APROVADO O VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR GLAYDSON SANTO SOPRANI MASSARIA.)

* * * * *

mp

