

# Licitação: saneamento de irregularidades, novo edital e evasão ao controle externo\*

DICOM/TCMG



**PROCURADOR-GERAL  
GLAYDSON SANTO  
SOPRANI MASSARIA**

Excelentíssimo Senhor Relator,

Tratam os presentes autos de denúncias, protocolizadas pelas empresas Demop Participações Ltda. e D'Paula Correa Construtora e Transportes Ltda., em razão do procedimento licitatório Concorrência Pública n. 05/2011, tipo menor preço, promovido pelo Município de Fronteira.

Os denunciantes acostaram aos autos, entre outros documentos, cópia do instrumento convocatório (fls. 9-23 do Processo n. 862.168; fls. 10-24 do Processo n. 862.174), cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada no ramo de engenharia, para pavimentação asfáltica, execução de guias e sarjetas em diversos logradouros públicos do Município de Fronteira, conforme Termo de Convênio firmado entre este Município e a União.

Em síntese, foram alegados os seguintes vícios no edital do certame:

a) exigência de índice de endividamento abusivo;

b) imposição para que as empresas atuantes em outros estados apresentem “visto” do Crea/MG nos seus certificados de registro perante outras seccionais.

Recebida a documentação, os autos foram distribuídos à relatoria do Conselheiro Eduardo Carone, que determinou o apensamento das Denúncias n. 862.168 (fls. 37) e n. 862.174 (fls. 36) ao Processo n. 850.402, que versava sobre procedimento licitatório anulado com objeto idêntico.

Na sequência, os feitos foram remetidos à Coordenadoria de Área de Exame de Instrumento Convocatório de Licitação.

Em uma análise sumária, a unidade técnica opinou pela suspensão cautelar do procedimento licitatório, em razão do grau de endividamento estabelecido para a qualificação econômica e da exigência de visto do Crea/MG (fls. 39-54 do Processo n. 862.168).

Acompanhando o entendimento técnico, o conselheiro relator determinou a suspensão do certame, bem como a intimação do Prefeito Municipal de Fronteira e do presidente da comissão permanente de licitação, a fim de que fosse apresentada a publicação desse ato (fls. 58-69 do Processo n. 862.168). Tal decisão monocrática foi referendada pela Segunda Câmara em Sessão realizada no dia 15/09/2011 (fls. 92 do Processo n. 862.168).

\* Parecer emitido pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas nas Denúncias n. 862.168 e n. 862.174 de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa. Cumpre informar que, até o fechamento desta edição, a decisão proferida pelo Tribunal nos autos epigrafados não havia transitado em julgado.

Em cumprimento, o Município de Fronteira acostou aos autos os documentos a fls. 95-97 (Processo n. 862.168).

Em seguida, vieram os autos ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

É o relatório.

## **1 PRELIMINARES**

### **1.1 Da tentativa de evasão do controle externo**

Em abril de 2011, o Município de Fronteira promoveu a abertura da Concorrência Pública n. 001/2011, cujo objeto consistia na contratação de empresa para pavimentação asfáltica e execução de guias e sarjetas em diversos logradouros públicos.

Tendo em vista que o edital do aludido certame apresentava uma série de cláusulas restritivas à competitividade, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, mediante prévia provocação da empresa D'Paula Correa Construtora e Transportes Ltda., determinou a suspensão cautelar do procedimento licitatório (fls. 42-46 do Processo 850.402).

Em face da medida acautelatória proferida, o Município de Fronteira promoveu a anulação da Concorrência Pública n. 001/2011. Ato contínuo, encaminhou à Corte de Contas o instrumento convocatório da Concorrência Pública n. 003/2011, cujo objeto era idêntico ao do certame anulado.

A legalidade do novo procedimento licitatório foi apreciada no Edital de Licitação n. 858.967 e na Denúncia n. 859.002. Todavia, provavelmente por reconhecer a existência de vícios no edital que embasariam a suspensão do certame, o Município de Fronteira, sem expor nenhum fato superveniente motivador da medida (art. 49 da Lei de Licitações), revogou a Concorrência Pública n. 003/2011.

Em seguida, o ente deflagrou a Concorrência Pública n. 005/2011, analisada nos presentes autos, a qual tem o mesmo objeto dos dois procedimentos licitatórios anteriores. Curiosamente, porém, deixou de encaminhar o novo ato convocatório para exame do Tribunal de Contas, que apenas tomou ciência da nova concorrência e determinou a sua suspensão cautelar em virtude de denúncias apresentadas pelas empresas Demop Participações Ltda. e D'Paula Correa Construtora e Transportes Ltda.

É fácil visualizar que o Município de Fronteira intentava, mediante sucessivas anulações e revogações, fugir do controle externo desempenhado pelo Tribunal de Contas. Esse propósito ficou especialmente claro pelo fato de que, ao publicar o edital da Concorrência Pública n. 005/2011, o município deixou de remetê-lo à Corte de Contas. Vale dizer que a exigência de tal procedimento era de conhecimento do gestor municipal, haja vista que este o realizou por ocasião da anulação da Concorrência Pública n. 001/2011 e da abertura da Concorrência Pública n. 003/2011.

A toda evidência, portanto, ficou configurada a sonegação de informação necessária ao controle externo, sendo aplicável a multa prevista no art. 85, V, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LC n. 102/2008).

Cumpra registrar que o Ministério Público de Contas tem-se deparado, frequentemente, com condutas de gestores públicos semelhantes à ora apreciada, que configuram nítidas tentativas de fuga do controle externo. Em face dessas condutas, o Tribunal de Contas deve adotar medidas enérgicas. Do contrário, não exercerá a contento suas atribuições constitucionais.

Afigura-se ser prática comum, no curso de procedimentos que se destinam à análise da legalidade de licitações, os gestores públicos promoverem a anulação ou revogação do certame, mesmo após serem intimados da sua suspensão cautelar. Em seguida, sem autorização da Corte de Contas, realizam a abertura de nova licitação, por vezes não escoimada dos vícios, e conferindo a ela normal prosseguimento.

Mesmo quando o edital do novo certame é encaminhado ao Tribunal de Contas, tal prática é extremamente nociva à função de controle, pois até que o instrumento convocatório recém-publicado seja examinado e, se for o caso, seja expedida medida cautelar, não raro a licitação já foi homologada.

Visualiza-se facilmente que, nos casos em que há suspensão cautelar do certame, os gestores públicos, conhecedores da posição do Tribunal de Contas de declarar perda de objeto dos processos, anulam e publicam novo edital com o mesmo objeto para tornar sem efeito a medida acautelatória determinada pelo TCEMG.

É irrefutável que, ao menos por via transversa, ficam esvaziadas as decisões do Tribunal de Contas nos casos em que os gestores promovem a abertura de outros certames com objeto idêntico ao daqueles suspensos e, na sequência, anulados.

Para que não veja desrespeitadas suas decisões, o que conduz ao descrédito público, o Tribunal de Contas necessita oferecer respostas que tornem mais eficaz o controle externo. Não se mostra suficiente a medida até agora adotada, a saber, a simples determinação ao gestor público que, em caso de abertura de novo certame com o mesmo objeto, encaminhe à Corte de Contas o edital no prazo de 48 horas, contadas de sua publicação.

Na realidade, revela-se mais eficaz (e tecnicamente mais apropriado) que se determine ao jurisdicionado encaminhar ao Tribunal de Contas a minuta do novo edital e, somente depois de autorizado nos mesmos autos em que houve a suspensão inicial, empreenda a sua publicação. Haverá, assim, hipótese de desarquivamento processual, na medida em que a análise de legalidade do novo certame dar-se-á nos mesmos autos em que houve o exame daquele anulado.

Note-se que a solução proposta é exatamente aquela atualmente adotada em casos em que se determina a retificação do instrumento convocatório durante o período de suspensão do certame. Por que, então, haveria distinção nos casos em que o gestor público anula ou revoga a licitação original? A mera anulação e posterior abertura de certame com objeto idêntico teria o condão de

desconstituir a decisão do Tribunal de Contas e torná-la absolutamente ineficaz? Evidentemente a resposta apenas pode ser negativa.

Portanto, o Ministério Público de Contas recomenda que, em hipóteses nas quais haja a anulação ou revogação de licitações em análise pelo Tribunal de Contas, este Órgão determine que, caso intente abrir novo certame com o mesmo objeto, o jurisdicionado encaminhe a minuta do novo edital, a qual só pode ser publicada se houver autorização expressa da Corte de Contas nos autos do processo originário. Nessa mesma decisão, é necessário constar que, caso haja a publicação sem autorização, haverá a aplicação de multa pessoal aos gestores públicos, sem prejuízo de eventuais medidas legais cabíveis a serem tomadas pelo Ministério Público de Contas, órgão ao qual o feito deve ser submetido.

No presente caso, é cabível a aplicação de multa desde já, uma vez que, como dito, ficou configurada a sonegação de informação necessária ao controle externo, sendo aplicável a multa prevista no art. 85, V, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LC n. 102/2008).

## 2 MÉRITO

### 2.1 Das ilegalidades apontadas nas denúncias

#### 2.1.1 Da exigência de visto do Crea/MG

A empresa D'Paula Correa Construtora e Transportes Ltda. sustenta a ilegalidade do item 18.1.3.a do instrumento convocatório, que determina, caso alguma empresa licitante seja inscrita unicamente no Crea de outro estado da federação, que o seu certificado de registro tenha o “visto” do Crea/MG para fins de habilitação. Confira-se a redação do item que traz tal imposição:

18.1.3 — Qualificação Técnica:

a) Registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), e quando for o caso, na instituição que regula e fiscaliza o exercício que comprove que a empresa possui em seu quadro técnico profissional detentor de atestado técnico, caso a empresa seja de outro estado, deverá ter o visto junto ao CREA do Estado de Minas Gerais.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos disciplina, em seus arts. 27 a 31, a documentação que pode ser exigida para a habilitação nos procedimentos licitatórios. Ao tratar dos documentos relativos à comprovação da qualificação técnica, prescreve:

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;

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;

IV — prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

O objetivo desse rol é reduzir a margem de discricionariedade da Administração, a fim de que não seja exigida a apresentação de documentos abusivos e desnecessários. Assim, o ato convocatório deve ater-se à enumeração legal. Em outros termos, os únicos documentos passíveis de serem solicitados para a comprovação da qualificação técnica em certame licitatório são os previstos na Lei n. 8.666/93.

Vale transcrever, a propósito, os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

A Lei n. 8.666 disciplinou de modo minucioso a matéria da qualificação técnica. Um dos caracteres mais marcantes da Lei n. 8.666 foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Buscou evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação.<sup>1</sup>

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União, na Decisão n. 523/97, manifestou-se pela obrigatoriedade de a Administração Pública, para fins de habilitação, ater-se ao rol de documentos expresso nos arts. 27-31 da Lei n. 8.666/93, afirmando não ser lícito exigir nenhum outro que não esteja ali elencado.

Ora, inexistente qualquer previsão legal que autorize a exigência, por parte da Administração, de “visto” dos certificados de registro das empresas que não se encontram inscritas na seccional do Crea do local em que o certame é realizado. Assim, mostra-se abusiva a sua exigência para fins de habilitação.

É bem verdade que o art. 58 da Lei n. 5.194/66 determina que “se o profissional, firma ou organização, registrado em qualquer conselho regional, exercer atividade em outra região, ficará obrigado a visar, nela, o seu registro”.

Todavia, em procedimentos licitatórios, o aludido “visto” do conselho da região onde o serviço será prestado apenas pode ser exigido no momento do início da execução contratual. De fato, ao analisar o tema na Decisão n. 279/1998, o TCU considerou que a mera participação em certame não constitui atividade de engenharia, uma vez que não se confunde com a execução do objeto licitado, prescindindo, por isso, do “visto”.

Nessa linha de entendimento, destaca-se o julgado adiante transcrito:

12. Como bem ressaltou a unidade técnica, ainda que houvesse previsão editalícia para exigir a apresentação de visto do Crea/RS no registro da pessoa jurídica do Crea/SP, em ordem a respaldar a inabilitação da empresa ora representante, não teria guarida na jurisprudência desta Corte de Contas. [...]

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 405.

16. Tais justificativas não devem prosperar, ainda que respaldadas pela Resolução supra, porquanto, em matéria de licitação, a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde que indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que consubstanciar as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame (1ª Câmara. Acórdão n. 992/2007. Relator: Min. Marcos Bemquerer).

Desse modo, por não encontrar respaldo nas normas contidas na Lei n. 8.666/93 tampouco na jurisprudência do TCU, conclui-se que a exigência enunciada no item 18.1.3.a do edital é abusiva, devendo ser excluída pela Administração.

### 2.1.2 Do grau de endividamento exigido

A denunciante Demop Participações Ltda. contesta a exigência de Grau de Endividamento Geral menor ou igual a 0,3, qualificando-a de excessiva e injustificada (item 18.1.4.a do edital).

De início, cabe observar que a fórmula de cálculo do índice de endividamento trazida pelo edital é mais rigorosa do que a comumente utilizada.

De fato, o edital estipula que o índice seja calculado a partir da divisão do passivo circulante e exigível a longo prazo pelo patrimônio líquido da empresa licitante. Contudo, na fórmula tradicionalmente aceita, figura como divisor o ativo total da empresa, e não o seu patrimônio líquido. Acerca do tema, confirmam-se os ensinamentos de Nilton Cordoni Júnior:<sup>2</sup>

O índice de endividamento geral consiste no total de capital de terceiros, tanto de curto como de longo prazo, numa proporção dos ativos da empresa financiada por estes.

Por representar uma proporção do total dos ativos da empresa financiada por terceiros, os credores preferem índices mais baixos porque, quanto mais baixo for esse índice, tanto maior será sua margem de segurança contra possíveis prejuízos futuros. Um índice elevado tende a exagerar lucros e um índice baixo poderia significar o uso ineficiente da dívida.

O índice é calculado:

$$\text{Índice de Endividamento Geral} = \frac{\text{Exigível Total}}{\text{Ativo Total}}$$

Essa divergência na fórmula de cálculo, por si só, já revela a utilização pela Administração de índice não usual em procedimentos licitatórios, o que contraria a norma insculpida no art. 31, § 5º, da Lei de Licitações.

Ademais, ainda que se ignore a referida divergência, afigura-se abusiva a imposição contida no edital de que o Grau de Endividamento Geral seja menor ou igual a 0,3.

<sup>2</sup> CORDONI JÚNIOR, Nilton. Análise das demonstrações contábeis em processos de licitações e contratos. *Revista Zênite*, jan./2003.



Isso porque, de acordo com pesquisa efetuada pela Revista Exame, a média dos Índices de Endividamento Geral das empresas do setor de construção, no ano de 2010, foi de 0,48.<sup>3</sup> Tal fato demonstra que o instrumento convocatório exclui do certame a maior parte das empresas brasileiras do setor, o que se agrava ainda mais se for considerada a fórmula incomum adotada para o cálculo do índice.

Dessa forma, há evidente restrição à competitividade do certame, em desacordo com as disposições do art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93.

Face ao exposto, o Ministério Público de Contas considera ilegal a exigência de grau de endividamento nos moldes consagrados pelo edital em análise.

## 2.2 Aditamento ao objeto do processo

### 2.2.1 Da exigência de quitação junto ao Crea/MG

O item 18.1.3.b do instrumento convocatório estabelece a obrigatoriedade de que as empresas licitantes, na fase de habilitação, comprovem quitação de anuidades para com o Crea nos seguintes termos:

18.1.3 — Qualificação Técnica:

[...]

b) [...] A comprovação de profissional de nível superior pertencente ao quadro técnico permanente da empresa será feita através da Ficha de Registro de Empregados com carimbo do órgão competente ou contrato de trabalho devidamente registrado em cartório, ou contrato social no caso de sócio proprietário com a **certidão de registro e quitação da empresa junto ao CREA.**

Ocorre, porém, que a regularidade no pagamento de anuidades diz respeito unicamente ao conselho profissional e às empresas registradas. Não cabe, portanto, à Administração nenhuma medida no sentido de compelir a adimplência das empresas com o Crea, mormente porque a regularidade no seu pagamento não possui qualquer repercussão na execução contratual. Apenas o conselho profissional possui competência para tanto, devendo, caso queira um recebimento forçado, socorrer-se ao Poder Judiciário. Vale salientar, a propósito, que mesmo o conselho não pode utilizar-se de vias transversas para a cobrança, como, por exemplo, deixar de emitir certidão comprobatória de registro ou cancelá-lo, conforme se depreende do seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM. FALTA DE PAGAMENTO DE ANUIDADES. CANCELAMENTO DO REGISTRO PROFISSIONAL. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE COBRANÇA POR MEIO DE EXECUÇÃO FISCAL.

<sup>3</sup> Disponível em: <[www.exame.abril.com.br/negocios/melhores-e-maiores/setores/indicadores/tabela/2010/56](http://www.exame.abril.com.br/negocios/melhores-e-maiores/setores/indicadores/tabela/2010/56)>. Acesso em: 20 out. 2011.

I — Os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias especiais e suas anuidades têm natureza de taxa. A cobrança das contribuições em atraso deve ser realizada através de execução fiscal e não por intermédio da coação ilícita que representa o cancelamento do registro do profissional de saúde.

II — Recurso especial improvido.

(STJ. Primeira Turma. Recurso Especial n. 552.894/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO. Julgado em 25 nov. 2003, *DJ* 22 mar. 2004 p. 240).

Acrescente-se que o TCU, considerando ilegal a exigência de comprovação de quitação de anuidade junto a conselhos profissionais, já determinou que não deveriam ser incluídas, “nos atos convocatórios de futuras licitações, cláusulas que exijam a comprovação de quitação de anuidade junto ao CREA, ante o disposto no art. 30, I, da Lei n. 8.666/93” (Plenário. Acórdão n. 1.314/2005. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça, *DOU*, de 12/09/2005).

Portanto, o Ministério Público de Contas entende que deve ser excluída a exigência de quitação com o Crea insculpida no item 18.1.3.b do edital.

### **2.2.2 Da exigência de apresentação de cópia de balanço patrimonial do último exercício social pelas empresas licitantes**

No que toca à qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, o item 18.1.4.a do edital estabelece a obrigatoriedade de apresentação do seguinte documento:

18.1.4 — a) Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do exercício social (2011), já, exigível e apresentado na forma da lei que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser 03 (três) meses da data da apresentação da proposta.

Ao que tudo indica, embora tenha se referido ao balanço patrimonial do atual exercício social, o edital intentava referir-se ao último exercício social, na medida em que aquele ainda não é exigível na forma da lei.

Ocorre, porém, que tal exigência contraria o princípio da ampla concorrência, uma vez que obsta a participação de empresas recém-constituídas, que não dispõem de balanço patrimonial do último exercício social.

No entanto, aludidas empresas, ainda que sejam novas no mercado, podem dispor de capacidade para a execução dos serviços licitados. Não deve haver, portanto, empecilhos à sua participação no certame.

Nessa linha de raciocínio, vale transcrever os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

[...] a exigência de demonstrações financeiras do exercício anterior não pode ser interpretada como exigência de atuação há mais de um ano. Se tivesse tal significação, estaria sendo introduzido mais um requisito de habilitação, no âmbito temporal. A Lei não disciplina prazos mínimos de existência de uma sociedade para ser contratada pelo Estado. Logo, empresas recém-constituídas, se preencherem os demais requisitos de



habilitação (inclusive e especialmente os de natureza técnica), não podem ser excluídas através de aplicação extensiva de requisitos relacionados com a capacitação econômico-financeira.<sup>4</sup>

Vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a demonstração da capacidade econômico-financeira dos licitantes por outros documentos além do balanço patrimonial, o que se depreende pelo julgado a seguir:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL.

RECURSO DESPROVIDO.

**1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inciso I), para fins de habilitação.**

2. *In casu*, a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital.

3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93.

4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes.

5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação.

6. Recurso improvido.

(Primeira Turma. Recurso Especial n. 402.711/SP. Relator: Ministro José Delgado. Julgado em 11 jun. 2002, DJ 19 ago. 2002, p. 145)

Dessa forma, entende-se que a redação atribuída ao item 18.1.4.a é dúbia, mas que, de todo modo, revela-se abusiva a exigência de apresentação de balanço patrimonial referente ao último exercício social, uma vez ela restringe a participação das empresas recém-constituídas.

### **2.2.3 Da exigência de experiência anterior em quantitativos idênticos ao objeto licitado**

Além dos apontamentos acima formulados, observa-se que o item 18.1.3.b do edital exige que as empresas licitantes apresentem, para comprovar sua qualificação técnica, atestados em nome de

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 442.

seu responsável técnico, demonstrando que este executou serviços compatíveis com o objeto da licitação nos quantitativos a seguir:

Pavimentação	
Escavação mecanizada, carga/descarga e transporte de matéria de 1ª categoria	18.000 m <sup>3</sup>
Base estabilizada granulometricamente	5.000 m <sup>3</sup>
Imprimação	55.000 m <sup>3</sup>
Pintura de Ligação	55.000 m <sup>3</sup>
Pavimentação em TSD (Tratamento superficial duplo)	55.000 m <sup>3</sup>
Obras Complementares	
Meio-fio e sarjetas	12.000 ml
Calçadas	12.000 m <sup>2</sup>

A imposição de que as empresas licitantes comprovem experiência anterior na realização de serviços compatíveis com o objeto da licitação encontra respaldo no art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Entretanto, tal comprovação apenas pode ser exigida para as parcelas de maior relevância e valor significativo, nos termos do § 2º, do art. 30, da citada lei.

Assim, cabe à Administração definir as mencionadas parcelas. Essa escolha, porém, não pode ser feita arbitrariamente. Deve-se necessariamente identificar os serviços mais complexos e diferenciados do objeto licitado. Ademais, para fins de transparência e controle, a definição deve ser feita fundamentadamente. Confira-se, a propósito, a lição de Marçal Justen Filho:

O que se exige, no entanto, é que a identificação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo sejam explicitamente indicadas pela Administração, de modo motivado. Essa motivação, tal como exposto, comporta pleno controle externo, especialmente para verificar os efeitos nocivos à competição.<sup>5</sup>

Em virtude disso, conclui-se que a Administração deve ser instada a motivar a definição das parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado, embora, à primeira vista, a demarcação empreendida pelo instrumento convocatório não se mostre abusiva.

Desde logo, porém, é possível visualizar que os quantitativos impostos não se harmonizam com o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da matéria. De acordo com o TCU, a experiência anterior a ser exigida relativamente às parcelas de maior relevância não pode ser superior a 50% dos serviços correspondentes contemplados no objeto licitado.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado:

Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais:

a) **não estabeleça, em relação à fixação dos quantitativos mínimos já executados, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da**

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 417.

**obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993;**

b) não inclua item sem relevância ou sem valor significativo entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de execução anterior de quantitativos mínimos, em obediência ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993; bem assim, por analogia, ao § 1º, inciso I, do art. 30 da referida lei, que limita a comprovação da qualificação técnico-profissional às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, conforme Decisão 574/2002 Plenário. (Plenário. Acórdão 1.284/2003)

Em contraste, no caso em análise, os quantitativos exigidos correspondem a quase 100% das parcelas de maior relevância da obra que constitui objeto do edital. Essa conclusão decorre do mero cotejo entre o item 18.1.3.c e o Anexo V do instrumento de convocação. Para demonstrar isso, transcreve-se abaixo o quantitativo total a ser executado pelo futuro contratado no tocante às parcelas do objeto qualificadas como de maior relevância e valor significativo (ver Anexo V):

Escavação mecânica de material de 1ª categoria, proveniente de corte de subleito (c/ trator esteiras 160hp)	18.494,34m <sup>3</sup>
Base de solo estabilizado com mistura de brita com espessura de 8 cm sendo: 10% brita1, 35% brita, 40% pó de pedra e 15% de material escavado do subleito; incluso a aquisição da brita; compactação 100% proctor normal, exclusive escavação, carga e transporte do solo	5.080,86m <sup>3</sup>
Imprimação de base de pavimentação com emulsão CM-30	59.700,15m <sup>2</sup>
Tratamento superficial duplo — TSD, com emulsão RR-2C	59.700,15m <sup>2</sup>
Meio-fio (guia) de concreto pré-moldado, dimensões 12x15x30x100cm (face superior x face inferior x altura x comprimento), rejuntado c/ argamassa 1:4 cimento: areia, incluindo escavação e reaterro.	12.182,16m <sup>2</sup>
Execução de calçada em concreto 1:3:5 (FCK=12 MPA) preparo mecânico, E= 7cm	36.546,48m <sup>2</sup>

Portanto, o Ministério Público de Contas considera abusivo o item 18.1.3.c do edital, salientando que, para que seja respeitado o entendimento prevalente no Tribunal de Contas da União, é necessário que os quantitativos exigidos sejam reduzidos pela metade.

## 2.2.4 Da vedação à participação de consórcios

Outra ilegalidade que se verifica no procedimento licitatório em tela é a vedação injustificada à participação de sociedades empresárias consorciadas (item 16.4).

A participação de empresas em consórcio é admitida pelo art. 33 da Lei n. 8.666/93, nos seguintes termos:

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

I — comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II — indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III — apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV — impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V — responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Consórcios são associações corporativas nas quais duas ou mais pessoas jurídicas unem esforços visando concretizar um objeto específico. Esse conceito decorre do disposto no art. 278 da Lei n. 6.404/76.<sup>6</sup>

Destaca-se que essa reunião é eventual e transitória, uma vez que existirá enquanto persistir o empreendimento para o qual foi criado o consórcio. Perdurando a execução do objeto, permanecerá o vínculo entre as consorciadas; finda a execução, essas empresas desligam-se.

O consórcio criado para a participação em licitação tem contornos próprios, pois as empresas que o integram buscam, basicamente, somar capacidade técnica, econômico-financeira e *know-how*

<sup>6</sup> Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste capítulo.

para a participação em determinado procedimento licitatório em que, individualmente, não teriam condições de participar, pela falta de experiência técnica, pela complexidade do objeto ou por não atingir o patamar exigido de comprovação econômico-financeira. Por isso, pactuam uma associação temporária, com a reunião de esforços para a execução de um empreendimento comum (a participação na licitação e a execução do contrato subsequente).

Essa linha de raciocínio permite concluir que a participação de empresas em consórcio tem o condão de garantir o acesso de pequenas empresas ao certame, possibilitando a ampla participação. Dessa forma, empresas que, unitariamente consideradas, não teriam condições de participar do procedimento licitatório poderão competir por meio da conjugação com outras empresas do ramo, de experiência, capacidade técnica, poder econômico e financeiro.

Certo é que a opção pela participação ou não de empresas em consórcios encontra-se na esfera da discricionariedade administrativa.

Em cada caso, deve ser avaliada a conveniência e a oportunidade em ampliar a competição do certame através da participação de consórcios.

Contudo, essa avaliação precisa ser feita de maneira muito cautelosa, de modo que, em se constatando que em razão da complexidade do objeto, sua extensão ou outras circunstâncias, a participação de consórcios é necessária, já que poucas empresas no mercado estão aptas a executá-lo isoladamente, a decisão da Administração não poderá ser outra senão admitir a participação, em privilégio ao princípio da competitividade (art. 3º, § 1º, I).

Marçal Justen Filho comenta a respeito o seguinte:

O ato convocatório permitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação em consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.<sup>7</sup>

Diante disso, a vedação à participação de empresas em consórcio deve ser devidamente motivada pela autoridade administrativa na fase interna do certame, sob pena de ser considerada ilegal. No caso em tela, ao que tudo indica, não foi realizada aludida motivação.<sup>8</sup>

Portanto, o Ministério Público considera ilegal a ausência de motivação da vedação à participação de consórcios no certame.

**Conclusão:** por todos os motivos expostos, em sede de preliminar, o Ministério Público de Contas conclui que deve ser aplicada multa pessoal, no valor de R\$5.000,00, ao prefeito de Fronteira, uma vez que ficou configurada sonegação de informação necessária ao controle externo, bem como

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 465.

<sup>8</sup> Ao que parece, não foi motivada a vedação à participação de consórcios, uma vez que, embora não tenha sido juntada a fase interna da Concorrência Pública n. 005/2011, inexistia justificativa para tanto na fase interna da Concorrência n. 001/2011, que possuía objeto idêntico.

tentativa de evasão da atividade fiscalizatória desenvolvida pelo Tribunal de Contas (art. 85, V, LC n. 102/2008).

Conclui, ainda, que devem ser citados o prefeito de Fronteira e os membros da comissão permanente de licitação, a fim de que prestem as justificativas cabíveis acerca das ilegalidades apontadas neste parecer ou, caso preferam, apresentem minuta de edital escoimada de tais vícios.

Finalmente, conclui o *Parquet* de Contas que o prefeito de Fronteira deve ser intimado para que, no prazo de 10 dias, promova a juntada de cópia integral do procedimento licitatório Concorrência Pública n. 005/2011, sob pena de multa pessoal diária, no valor de R\$500,00.

É o parecer.

Belo Horizonte, 24 de outubro de 2011.

**Glaydson Santo Soprani Massaria**

Procurador-Geral do Ministério Público de Contas