



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, representado pelo Procurador infra assinado, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 127 da Constituição da República c/c art. 99, § 1º, inciso VI, da Lei Complementar n. 621/12, oferecer

REPRESENTAÇÃO
com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de **FÁBIO NEY DAMASCENO**, Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP e **JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPINDULA**, Presidente da CPL, em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento licitatório na modalidade Concorrência Pública n. 010/2014, tipo “**TÉCNICA E PREÇO**”, conduzido pela **Secretaria Estadual de Obras - SETOP**, cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de gerenciamento, apoio técnico-operacional, supervisão e fiscalização das obras de implantação do complexo viário de interligação entre, os municípios de Vitória e Cariacica (4ª ponte), na região metropolitana da grande Vitória, na forma de execução indireta sob o regime de empreitada por preço unitário.

1 – DOS FATOS

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, deflagrou procedimento licitatório na



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

modalidade Concorrência Pública n. 010/2014, cuja cópia segue anexa a esta representação.

O **certame será realizado no dia 17/11/2014**, por Comissão designada pela Portaria nº 012-S, de 14 de fevereiro de 2014, publicada em 17 de fevereiro de 2014, e regido pela Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações, pela Lei Estadual Nº 9.090, publicada em 24 de dezembro de 2008 e pelo Decreto nº 2.060-R, publicado em 21 de maio de 2008, bem como pelas demais normas pertinentes e condições estabelecidas no Edital.

O valor dos serviços, orçado pela SETOP, é de **R\$ 51.100.276,75 (cinquenta e um milhões, cem mil, duzentos e setenta e seis reais e setenta e cinco centavos)**.

Em uma análise perfunctória do edital, verifica-se que o citado procedimento encontra-se eivado de ilegalidade, por ofensa direta à Constituição Federal, à Lei Federal n. 8.666/93, bem como as normas e princípios norteadores da administração pública, em especial, àqueles que resguardam a lisura do certame, do qual poderá resultar contratação onerosa à administração, conforme demonstrado nos tópicos expostos adiante.

1.1 – DO PROCESSO TC 393/2014 - CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 006/2013

A Concorrência Pública n. 010/2014 visa a contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de gerenciamento, apoio técnico-operacional, supervisão e fiscalização das **obras objeto de outra Concorrência Pública: a 006/2013**.

Justamente em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento de Pré-Qualificação da **Concorrência Pública n. 006/2013**, o Ministério Público de Contas, por intermédio do Processo TC 393/2014, ofereceu representação em face dos mesmos agentes públicos responsáveis: **FÁBIO NEY DAMASCENO**, Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP e **JOÃO VICTOR DE FREITAS ESPINDULA**, Presidente da CPL.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Naquela representação, o *parquet* de contas enumerou diversas irregularidades, dentre as quais, ausência de projeto básico, limitação ao número de consorciados, exigências editalícias que permitem identificar os interessados em participar do certame, e critérios para comprovação do patrimônio líquido e da qualificação técnica fixados de forma restritiva à competitividade.

Posteriormente, a área técnica, na Manifestação Técnica Preliminar MTP 286/2014, acrescentou como irregulares a **inexistência de parcelamento do objeto licitado** e a **exigência de comprovação de profissional no quadro permanente na data da pré-qualificação**, sugerindo, ao fim, a anulação do procedimento licitatório de Concorrência Pública n. 006/2013. Essa análise foi reproduzida na Instrução Técnica Inicial ITI 483/2014.

Nesse contexto, a despeito da singeleza do raciocínio empregado, é possível concluir que, **se o procedimento licitatório para a consecução das obras encontra-se eivado de vícios, como consectário lógico e em observância a economicidade e ao princípio da eficiência, não há qualquer fundamento para que se dê continuidade à Concorrência Pública n. 010/2014. Ora, esta depende da realização daquela.**

Afinal, diante da imperiosa necessidade de anulação do Edital de Concorrência Pública n. 006/2013, é inviável estipular prazo para início das obras. Por conseguinte, **a manutenção da Concorrência Pública n. 010/2014 pode causar sérios prejuízos à administração pública, na medida em que não se sabe por quanto tempo o futuro licitante vencedor conseguirá manter a sua proposta, arcando com todos os investimentos necessários para “fiscalização” de uma obra que não se sabe quando será iniciada.**

Ressalta-se que, **no processo TC 393/2014, essa Corte não logrou êxito em evitar prejuízos à administração pública:** já existem duas licitantes qualificadas, com prazo até o dia 17 de novembro para a entrega das propostas¹. Ora, todos esses atos, que, sem dúvidas, geraram gastos à Administração Pública, deverão ser anulados. **É o que**

¹ <http://www.setop.es.gov.br/default.asp>



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

se tenta evitar na Concorrência Pública n. 010/2014, por intermédio da presente representação.

2 – DOS INDICATIVOS DE IRREGULARIDADES

Relativo ao mérito, há pontos do edital que merecem ser fundamentados e modificados, e falhas que necessitam ser supridas.

2.1 – DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO, APOIO TÉCNICO-OPERACIONAL, SUPERVISÃO E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PÚBLICAS

Para garantir que os contratos sejam executados regularmente, visando o bom uso dos recursos públicos, é indispensável acompanhá-los, bem como fiscalizá-los.

Diante dessa necessidade, a Lei de Licitações e Contratos determinou que em todos os contratos celebrados com a Administração Pública seja designado um servidor para realizar essa tarefa. O seu artigo 58, inciso III, atribui à Administração o poder dever de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos por ela firmados, pois eles são pagos com recursos públicos, os quais devem ser gastos visando a racionalização. Nesse sentido, o artigo 67 estabelece:

Art. 67 - A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

Esse representante deve ser um servidor, que possui diversas atribuições e responsabilidades a depender da função e do tipo de contrato no qual é responsável. Ele realiza a fiscalização, que deve preferencialmente ter caráter de especialização, admitindo-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

se inclusive diversos fiscais com competências diferentes para um mesmo contrato, em respeito aos princípios da eficiência e da especialização. Assim, a Administração garante agentes capacitados atuando nas áreas respectivas, gerando ganhos em termos de qualidade.

Portanto, ainda que se possa contratar terceiros para assistência, como permitido pelo art. 67, o acompanhamento e fiscalização do contrato devem ser realizados pelo representante da Administração. Trata-se de atividade indelegável e a atuação de terceiros é de mera assistência.

Nesse sentido, o entendimento do doutrinador Sérgio Pinto Martins:

A relação contratual entre Administração e terceirizado, além de permitir o controle sobre o inchaço da máquina pública, que trabalha com menos pessoas e menos órgãos, leva à execução da tarefa por um prestador especializado a cada objeto, a cada tarefa, bem como transfere o centro de gerenciamento da execução direta a uma pessoa externa, o terceirizado, que fica responsável pelo regular cumprimento da avença, e **ISSO PERMITE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FIQUE CENTRADA EM ATIVIDADES DE PLANEJAMENTO, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE.**²

Aliás, o Decreto-lei nº 200/67, o qual deu início legal à terceirização no setor público, previa, no art. 10, §7º, que a Administração Pública utilizasse a execução indireta de algumas atividades, mediante contrato e desde que satisfeitas algumas condições, "**para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle**".

Não é o que se verifica no caso *sub examinen*.

Embora em trâmite o procedimento licitatório para a execução da obra de construção da 4ª Ponte a terceiros (Concorrência Pública n. 006/2013), a SETOP, por intermédio do Edital de Concorrência Pública n. 010/2014, agora **tenta delegar toda a atividade de gerenciamento, apoio técnico-operacional, supervisão e fiscalização das obras**. No referido edital, não há qualquer dispositivo estabelecendo que as atividades contratadas serão de mera assistência e que servidores públicos serão diretamente

² MARTINS, Sérgio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 104.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

responsáveis pelo acompanhamento e fiscalização das obras. Senão vejamos o que se descreve como seu objeto:

1 - OBJETO

Contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de **GERENCIAMENTO, APOIO TÉCNICO-OPERACIONAL, SUPERVISÃO E FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA 4ª PONTE, LIGANDO OS MUNICÍPIOS DE CARIACICA E VITÓRIA, necessária para implantação do Sistema *Bus Rapid Transit* – BRT GRANDE VITÓRIA.**

Nessa linha, o setor privado será responsável desde a elaboração do projeto à execução das obras, e com o “aval” do “fiscal” também do setor privado, que terá atribuição inclusive de aplicar as cláusulas exorbitantes do contrato para execução das obras. Teratológico.

Ora, à Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas (SETOP) subordinam-se duas autarquias: o Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo (IOPES) e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo (DER-ES). Em síntese, ao IOPES, incumbe, justamente, executar, **FISCALIZAR E GERENCIAR** as obras de construção, ampliação, restauração e reforma de prédios e demais obras públicas; e, ao DER, administrar o sistema rodoviário estadual, sua integração com as rodovias municipais e federais e com os demais modais de transporte, executando os serviços de implantação, pavimentação, conservação e recuperação nas rodovias estaduais.

Mantido o raciocínio absurdo adotado no Edital de Concorrência Pública n. 010/2014, as atividades da SETOP, que possui profissionais capacitados para tanto, esvaziar-se-ão, restringindo-se à realização de procedimentos licitatórios.

Ressalta-se: o simples fato da Administração Pública ter lançado Edital, com o mesmo objeto do ora analisado, foi suficiente para que o Tribunal de Contas de Rondônia suspendesse cautelarmente o procedimento. Senão vejamos:

DECISÃO MONOCRÁTICA Nº 060/2012/GCVCS/TCE/RO

EMENTA: LICITAÇÃO. EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 332/2012/SUPEL-CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PARA DAR SUPORTE TÉCNICO ADMINISTRATIVO



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

NA EXECUÇÃO DAS OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO URBANA.
DETERMINAÇÕES: ADEQUAÇÃO DA CONTRATAÇÃO AOS DITAMES DA LEI Nº 2.576/2011. NÃO APLICABILIDADE DE CLÁUSULA EXORBITANTE.

Trata-se de análise do Edital na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO Nº 332/2012/SUPEL COM VISTAS À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PARA DAR SUPORTE TÉCNICO ADMINISTRATIVO NA EXECUÇÃO DAS OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO URBANA.

Visto que o DER realizou o concurso público nº001/DER/RO em 23 de julho de 2010, impende averiguar se este ainda está válido, se os cargos foram preenchidos e se são semelhantes às atribuições dos contratados por meio deste edital.

A existência de concurso público válido para preenchimento de cargos cujas funções são semelhantes às pretendidas através de contratação direta, caso se confirme, se afigura ilegal por violar a Lei Ordinária Estadual nº 2.576/2011, a qual determina que os órgãos estaduais e as autarquias não podem contratar funcionários para os cargos abertos em concurso enquanto não se esgotar a lista dos classificados, dentro do seu período de validade. Razão pela qual a contratação deve ficar condicionada à averiguação da obediência do disposto na referida lei.

[...]

Ante o exposto, visando resguardar o que prescreve nossa legislação e no uso do poder geral de cautela, amparado no art. 108-A do Regimento Interno, proloato a presente **DECISÃO MONOCRÁTICA:**

I – Recomendar ao Diretor do DER, Senhor Antônio Lúcio Mosquini que verifique a legalidade das contratações oriundas do Edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 332/2012/SUPEL COM VISTAS À CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PARA DAR SUPORTE TÉCNICO ADMINISTRATIVO NA EXECUÇÃO DAS OBRAS DE PAVIMENTAÇÃO URBANA, em conformidade com as disposições da Lei Ordinária Estadual nº 2.576/2011;

[...]

III – Conceder ao Diretor do DER/RO, Senhor Antônio Lúcio Mosquini **o prazo de 15 (quinze) dias**, para que apresente a esta Corte de Contas, documentos, justificativas e/ou informações sobre a regularidade do item I desta Decisão;

IV – Encaminhar ao Diretor do DER/RO e ao Superintendente da SUPEL/RO, Senhor Márcio Rogério Gabriel, cópia desta Decisão, do Relatório do Corpo Técnico e Parecer Ministerial;

V – Determinar à Secretaria Geral das Sessões que publique a presente Decisão Monocrática;

VI – Sobrestar os presentes autos neste gabinete para providências e acompanhamento do cumprimento desta Decisão.

Enfim, a SETOP não pode delegar o seu poder de fiscalização a pessoas da iniciativa privada. Perfilhando essa orientação, o Supremo Tribunal Federal, no



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

Julgamento da ADI 1.717/DF, rel. Min. Sydney Sanches, em 07.11.2002, decidiu que o exercício do poder de polícia não pode ser delegado a entidades privadas.

Aliás, a Lei 11.079/2004, diploma que regula as denominadas parcerias público-privadas, em seu art. 4º, inciso III, inclui entre as diretrizes gerais da PPP, a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”.

Isto posto, mostra-se ilegal a contratação que se pretende realizar.

2.2 – DA DEFICIÊNCIA DO PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA

A Lei Geral de Licitações, em seu art. 7º, determina as regras para o início do procedimento licitatório, devendo o administrador observar a ordem temporal de execução dos requisitos previstos nos incisos do mesmo artigo. De forma ainda mais restritiva, estabelece o § 2º do artigo citado que as obras e serviços **somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado; existir orçamento detalhado em planilhas; houver previsão de recursos orçamentários; previsão no Plano Plurianual, quando necessário.**

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

- I - **houver projeto básico aprovado** pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
- II - **existir orçamento detalhado em planilhas** que expressem a composição de todos os seus custos unitários;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

III - **houver previsão de recursos orçamentários** que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso”. (Grifos nossos)

Tal ênfase dada pelo legislador nos requisitos necessários a instauração de procedimentos licitatórios, quais sejam, projeto básico aprovado, orçamento detalhado em planilhas e previsão de recursos orçamentários, tem uma evidente razão de ser. Objetivam permitir aos licitantes o pleno conhecimento do objeto a ser orçado e futuramente executado. Se não é facultado ao licitante o pleno acesso às informações relacionadas aos quantitativos necessários, à técnica a ser empregada e ao prazo de execução, de maneira plena e irrestrita, restará evidentemente, prejudicado a sua manifestação de interesse em participar do procedimento.

Convém destacar que a ausência de projeto básico detalhado tem como consequência a restrição ao número de participantes em plena afronta à competitividade, podendo, ainda elevar o custo dos serviços e obras a serem contratados em razão do reduzido número de interessados.

O art. 6º da Lei Geral de Licitações define o que é o Projeto Básico e nas alíneas seguintes traz o rol dos elementos que o compõe:

“Art. 6º Para os fins desta Lei considera-se:

IX - **Projeto Básico** - conjunto de elementos necessários e suficientes, **com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação**, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) **identificação dos tipos de serviços a executar** e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados; (Grifos nossos)

Se de um lado, a ausência de projeto básico detalhado traz prejuízos à ampla participação dos licitantes, como fora demonstrado, por outro, resulta numa situação muita mais danosa ao interesse público, qual seja, nem mesmo a própria Administração conhece a fundo a melhor e mais econômica metodologia de execução, muito menos a real necessidade de aporte de recursos, e até mesmo o prazo de execução.

A inexistência de projeto básico prévio e detalhado, com a definição de quantitativos, métodos de execução, prazos, torna o procedimento arbitrário e lesivo à competição entre os interessados. Não há como se definir tais critérios sem estudos técnicos apropriados e constantes do projeto básico.

O item 1.2 do edital tem a seguinte redação:

1.2 - Condições para Execução, Especificações e Normas Técnicas

Os serviços de Gerenciamento, Apoio Técnico-Operacional, Supervisão e Fiscalização das obras deverão ser desenvolvidos de acordo com as diretrizes e instruções da SETOP, em conformidade com as normas técnicas vigentes no DER-ES e na sua ausência, com os documentos “Gestão da Qualidade em Obras Rodoviárias (DNIT 011/2004-PRO)”, “Requisitos para a Qualidade em Obras Rodoviárias (DNIT 013/2004-PRO)”, “Requisitos para a Qualidade em Supervisão de Obras Rodoviárias (DNIT 014/2004-PRO)” e “Manual de Construção de Obras de Artes Especiais (IPR Publ., 602)”. Deverão também ser observadas as Normas Técnicas da ABNT e suas Normas Complementares, leis da Marinha do Brasil referentes à segurança do tráfego viário como LESTA 9.537/97 que dispõe sobre segurança do tráfego aquaviário, Decreto 2.596/98 que regulamenta a referida LESTA e NORMAM 02 – Embarcações empregadas em navegação interior, de acordo com as instruções do TERMO DE REFERÊNCIA (Anexo I) deste Edital.

No entanto, depreende-se do item editalício acima transcrito, a inexistência de Projeto Básico claro e detalhado, fato bastante para comprometer todo o edital. Não há como a Administração definir as melhores e mais econômicas metodologias de execução, quantitativos e prazos de execução com base nessas previsões.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

A ausência do projeto básico detalhado, além de afrontar diretamente os ditames da Lei Geral de Licitações, mais precisamente a regra do art. 7º, já seria suficiente para a suspensão do certame.

Tendo em vista a ausência de Projeto Básico, faz a Administração a escolha de metodologias executivas que podem não se revelar futuramente as melhores ou mais econômicas ao interesse público.

Desta forma, resta demonstrado a ausência dos requisitos estabelecidos nos arts. 6º e 7º da Lei n. 8.666/1993.

2.3 – DA EXIGÊNCIA RESTRITIVA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. OFENSA AOS ARTS. 3º E 30, INCISO II, DA LEI FEDERAL N.º 8.666/93 E AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA COMPETITIVIDADE

Em leitura à Lei Federal n.º 8.666/93, à luz da Constituição Federal, deduz-se que as exigências de qualificação técnica e econômica devem constituir uma garantia mínima de que a empresa contratada comprove, previamente, capacidade para assumir e cumprir as obrigações descritas em edital de licitação, o que não é o caso dos autos. Desarrazoada

Analisando os serviços a serem prestados e a planilha orçamentária, exsurge inexistir “parcelas de maior relevância” aptas a demonstrar a real necessidade de atestados técnicos exigidos, pois o Edital considera todas as parcelas como de maior relevância. Senão vejamos:

17.1.8- Documentos de Qualificação Técnica

[...]

B.2) AS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA DO OBJETO DA PRESENTE LICITAÇÃO SÃO AS RELACIONADAS A SEGUIR:

Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de Obra de Arte Especial do tipo “estaiada”

Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de Obras de Arte Especial do
--



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

tipo "balanço sucessivo"
Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de Obras de Arte Especial com vigas pré-moldadas
Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de obra de qualquer natureza, contendo remanejamento de interferências, sistema de iluminação pública, macrodrenagem, contenções e enrocamento.
Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de Obras Viárias Urbanas com corredor exclusivo para ônibus e pavimento rígido
Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de Obras Viárias Urbanas com fundações executadas abaixo da lâmina d'água em rios e/ou lagos e/ou canais marítimos.
Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de serviços de proteção ao Meio Ambiente
Gerenciamento ou Supervisão ou Fiscalização de obras contemplando a atividade análise ou revisão ou adequação de projetos de engenharia

c) Comprovação da capacidade técnica da empresa através de atestado(s) onde conste o nome da licitante ou de cada uma das empresas quando participarem em consórcio, emitido pelo contratante, obrigatoriamente pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado pelo CREA ou CAU, comprovando que a empresa Licitante executou, individualmente ou como membro de um consórcio, serviços de características semelhantes e de complexidade tecnológica e operacional compatível aos do objeto da presente licitação, **SENDO AS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA RELACIONADAS NA SUB-ALÍNEA B.2 ANTERIOR.** (g.n)

Ora, não se consegue saber qual dos serviços é de **maior relevância**, pois justamente todos são caracterizados pelo edital como tal. Na verdade, essas exigências devem ser ao menos razoáveis e proporcionais com o objeto pretendido, e não ampliativa, como é o caso do edital, sob pena de restrição indevida à competição do certame.

Desse modo, não se sabe qual item que se sobressai como de maior importância, que seriam os reais indicadores da complexidade de execução dos serviços de modo a especificar as parcelas de maior relevância, justificadoras da exigência proporcional da comprovação de capacidade de técnica.

É uníssona e torrencial a jurisprudência do egrégio TCU sobre o tema:

"Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas de obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei no 8.666/1993, e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal". **Acórdão 170/2007 Plenário**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

“Abstenha-se de incluir, nos editais de seus processos licitatórios, critério de habilitação que possa elidir o princípio da igualdade entre os licitantes, exigindo, especificamente no caso de qualificação técnica, a comprovação de atividade compatível em quantidade com a realidade do objeto da licitação, em atenção aos arts. 3º, § 1º, inciso I, 30, inciso II, e 44, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade”. **Acórdão 265/2010 Plenário**

“Exigir-se comprovação da qualificação técnica para itens da obra que não se afiguram como sendo de maior relevância e valor significativo, além de restringir a competitividade do certame, afronta os ditames contidos no art. 30 da Lei n.º 8.666/1993”. **Acórdão 800/2008 Plenário**

“A exigência de atestado de capacitação técnico-profissional ou técnico-operacional deve limitar-se as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado”. **Acórdão 1771/2007 Plenário (Sumário)**

Nesse mesmo passo, essa Corte de Contas, nos processos **TC-2135/2013** e **TC-2524/2012**, manifestou-se pela irregularidade de tal exigência, senão vejamos:

ACÓRDÃO TC-142/2013

PROCESSO - TC-2135/2013

INTERESSADO - CER PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA-ME

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - CERTAME LICITATÓRIO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INABILITAÇÃO DO REPRESENTANTE - DETERMINAÇÃO DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL REMOVENDO EXIGÊNCIAS DOCUMENTAIS RESTRITIVAS AO COMPETITÓRIO.

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2135/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de abril de dois mil e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar **procedente** a presente Representação em face da Prefeitura Municipal de Colatina, referente ao Edital de Concorrência Pública nº 001/2013, sob a responsabilidade dos Srs. Leonardo Deptulski, Prefeito Municipal, e Victor Araújo Venturi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Colatina;

2. Determinar à Prefeitura Municipal de Colatina:

2.1 Que a autoridade competente republique o edital em análise removendo a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional;

2.2 Caso não sejam efetuadas as mudanças apontadas, devido às impropriedades apontadas na Instrução de Engenharia Conclusiva nº 6/2013, que seja declarada a nulidade do procedimento licitatório;

2.3 Que em futuros certames análogos, ou seja, na contratação para obras de baixa complexidade, os responsáveis abstenham-se de exigir atestados de capacidade técnico-operacional como requisitos de habilitação técnica.

ACÓRDÃO TC-174/2013

PROCESSO - TC-2524/2012



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

INTERESSADO - TRACOMAL TERRAPLANAGEM E CONSTRUÇÕES MACHADO LTDA

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA - OBRAS DE ENGENHARIA - CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESTABELECIMENTO DE ITEM DE MAIOR RELEVÂNCIA TÉCNICA E VALOR SIGNIFICATIVO - EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, CAPUT. LEI 8666/93, ART. 3º CAPUT E INCISO I, ART. 30, § 1º, INCISO I, ART. 40, INCISO III, ART. 43 INCISO IV. LEI COMPLEMENTAR Nº 621/2012, ART. 1º, INCISO XXXVI, ART. 2º, ART. 87, INCISO VI E ART. 99, § 2º - 1) PROCEDÊNCIA - 2) DETERMINAÇÕES - 3) RECOMENDAÇÕES.

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo TC-2524/2012, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dezesseis de maio de dois e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Conhecer da presente representação em face da Prefeitura Municipal de Serra, para, no mérito, considerá-la **procedente**, sob a responsabilidade dos Srs. Antônio Sérgio Alves Vidigal, Diocles Bahiense Moreira, Eduardo Ramos Loureiro, Audifax Charles Pimentel Barcelos, Evilásio de Ângelo e Eduardo Bergantini Castiglione, ordenadores de despesas da Prefeitura Municipal de Serra;

Cumprе enfatizar que o Ministério Público de Contas representou em desfavor da Prefeitura Municipal de Cariacica, autos TC-7381/2013, cujos fundamentos são os mesmos deste item, tendo essa Corte de Contas deferido medida liminar suspendendo o certame:

DECISÃO TC- 4783/2013

PROCESSO - TC-7381/2013

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO – REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS – REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE CARIACICA (CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 003/2013) – 1) CONCEDER MEDIDA CAUTELAR - 2) NOTIFICAR - PRAZO: 10 DIAS - 3) APÓS, À ÁREA TÉCNICA – PRAZO: 15 DIAS.

[...]

Considerando que o Ministério Público Especial de Contas formulou representação a este Tribunal de Contas, com pedido liminar *inaudita altera pars*, em face de supostas irregularidades contidas no edital da Concorrência Pública nº 003/2013, da Prefeitura Municipal de Cariacica, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva e pequenas reformas do prédio do Palácio Municipal, área administrativa da SEMAD e Secretarias Municipais externas, exceto a SEME e a SEMUS, a ser executado no regime de empreitada por preço unitário;

DECIDE o Plenário deste Tribunal de Contas, à unanimidade, em sua 70ª Sessão Ordinária, nos termos do Voto da Relatora, Conselheira em substituição Márcia Jaccoud Freitas, que fundamenta esta Decisão:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

1. Conceder medida cautelar para determinar à Administração Municipal de Cariacica que se abstenha de homologar a licitação referente ao Edital de Concorrência Pública nº. 003/2013 até ulterior desta Corte de Contas, sob pena de aplicação de multa pecuniária ao gestor, na forma de artigo 135, inciso IV, da Lei Complementar nº. 621/2012 c/c o artigo 389, inciso IV do Regimento Interno deste Tribunal.

Nota-se, *in casu*, que as exigências editalícias não estão em conformidade com o estatuto de licitações³ e com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

3 - DA MEDIDA CAUTELAR

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, deflagrou procedimento licitatório na modalidade Concorrência Pública n. 010/2014; contudo, conforme fora exaustivamente demonstrado ao longo da presente representação, a ausência de projeto básico restringe a competição e cerceia a participação de possíveis empresas idôneas à execução do contrato, em plena afronta à ampla competitividade na licitação.

Ademais, diante da nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 006/2013, do qual a Concorrência Pública n. 010/2014 revela-se totalmente dependente, **a manutenção desta pode causar sérios prejuízos à administração pública, na medida em que não se sabe por quanto tempo o futuro licitante vencedor conseguirá manter a sua proposta ou se celebrado o contrato, esse será executado.** Portanto, encontra-se plenamente comprovado o fundado receio de dano ao erário, razão pela qual é inexorável a expedição de provimento liminar cautelar, *inaudita altera parte*, para que seja susgado o prosseguimento do certame até decisão final de mérito por essa egrégia Corte de Contas, conforme prevê o art. 124, Lei Complementar Estadual nº 621/2012

Restou demonstrado nesta representação que o procedimento licitatório na modalidade Concorrência Pública n. 010/2014 está maculado de diversos vícios graves, que frustram o caráter competitivo e a economicidade do certame, e violam o princípio da

³ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

eficiência, podendo ocasionar contratação onerosa e/ou sérios prejuízos financeiros para a Administração Pública, sobretudo ante a possibilidade de se celebrar contrato que não será executado.

Assim, a manutenção do edital indica a robustez dos indícios de violação da Constituição Federal, da Lei Federal de Licitações e dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, igualdade e eficiência, assim como o da economicidade, capazes de comprometer a lisura do procedimento (**relevância do fundamento da demanda – “fumus boni juris”**).

Nessa linha, a fim de evitar prejuízos financeiros à Administração e possibilitar a correção do procedimento licitatório, impedindo a exclusão de potenciais interessados e a possível escolha de proposta menos vantajosa para a Administração, gerando situação fática de difícil irreversibilidade, é de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente (**justificado receio de ineficácia do provimento final – “periculum in mora”**).

4 – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

4.1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do art. 99, § 1º, inciso VI, da LC n. 621/2012 c/c artigos 181 e 182, inciso VI, da Resolução TC 261/13;

4.2 – a distribuição, por prevenção, ao Conselheiro-relator do Processo TC 393/2014, haja vista a relação de dependência daqueles autos com os fatos ora descritos;

4.3 – LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, incisos XV e XVII, 108 e 125, incisos II e III, da LC n. 621/12, a concessão de medida cautelar *inaudita altera parte*, determinando ao Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas que **promova a**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
1ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva

imediate **SUSPENSÃO DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 010/2014** e, caso não haja tempo hábil, para que se abstenha de homologá-la até decisão final de mérito;

4.4 – a adoção do **procedimento sumário**, em face da presença dos pressupostos do art. 306 do Regimento Interno⁴, quais sejam atual lesão ao erário (caso ocorra a contratação de empresa qualificada e inicie a execução do objeto) e de direito alheio com vistas a impor determinação temporal para conclusão dos autos e posterior remessa ao Ministério Público de Contas para apreciação;

4.5 – a notificação dos representados para apresentar justificativas nos termos dos arts. 109 e 125, § 4º, da LC nº. 621/12;

4.6 – NO MÉRITO, seja provida a presente representação para que seja reconhecida a ilegalidade do certame, **determinando-se**, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVI, da Lei Complementar nº. 621/12, ao Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas que adote as medidas necessárias para a total anulação do certame, bem como de todos os atos dele decorrentes.

Vitória, 3 de novembro de 2014.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
Procurador de Contas

⁴ **Art. 306.** Os processos em que houver fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão observarão o rito sumário previsto neste Regimento.