



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

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar nº. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, VI, da Lei Complementar nº. 621/12 e art. 8º da Resolução MPC/ES nº. 001/2011, oferecer

REPRESENTAÇÃO
com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de

LUIZ CÉSAR MARETTA COURA, Diretor Geral do Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo (IOPES) e **ZÉLIA MARIA DE ALMEIDA SATHLER**, Presidente da CPL do IOPES.

Em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento administrativo licitatório n.º 60370289, conduzido pelo Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo - IOPES, referente ao Edital de Concorrência n. 013/2012, que objetiva a contratação de Empresa ou Consórcio de Empresas para Execução de Obras de **CONCLUSÃO DA CONSTRUÇÃO DO EMPREENDIMENTO CAIS DAS ARTES**, a ser situado no Município de Vitória.

I – DOS FATOS

O Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo - IOPES, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, publicou na edição do Diário Oficial do Estado do Espírito Santo veiculada no dia 10/12/2012, o Edital de Pregão Eletrônico acima mencionado, cuja cópia segue anexa a esta representação.

Uma análise perfunctória do mencionado edital verifica-se que o procedimento licitatório encontra-se eivado de ilegalidade, por ofensa às mais variadas normas de licitação, em especial, àquelas que resguardam a lisura do certame, do qual poderá resultar contratação onerosa à administração, conforme demonstrado nos tópicos seguintes.



II – DOS INDICATIVOS DE IRREGULARIDADES

II.1 – Exigências que permitem identificar todos os interessados em participar do certame. Ofensa à regra do sigilo das propostas (art. 3º, § 3º, da Lei nº. 8.666/93) e dos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência (arts. 5º, I, e 37 da CF).

Verifica-se no Edital de Concorrência n. 013/12 a existência de cláusulas extremamente nocivas ao interesse público, visto que permite se conhecer de antemão as empresas que efetivamente participarão do certame, possibilitando, dessa forma, a formação de conluio para prévia combinação dos preços, senão vejamos:

1. OBJETO

1.2. O(s) projeto(s) básicos/executivos, em meio eletrônico, necessários a elaboração da proposta e à execução dos serviços **pode(m) ser retirado(s) junto à Comissão Permanente de Licitação do IOPES**, mediante apresentação de DVD-ROM, observando os horários de atendimento, conforme informado no preâmbulo.

(...)

6. VALOR MÁXIMO, BASE DO PREÇO, ÍNDICE DE REAJUSTE E PRAZO DE EXECUÇÃO

6.1.1. O orçamento básico será visualizado mediante instalação do aplicativo ORÇAMAG, que pode ser adquirido gratuitamente **no Laboratório de Orçamento da Universidade Federal do Espírito Santo**. Informações pelo telefone (27) 4009-2147.

(...)

7. DA VISITA TÉCNICA

7.1. A visita técnica será obrigatória, realizada individualmente por engenheiro do quadro permanente **da empresa licitante, devidamente credenciado**, no período compreendido entre 17/12/2012 e 04/01/2013 e deverá ser agendada previamente através do telefone **(27) 3636-2027 na CPL / IOPES** que indicará equipe ou profissional competente para acompanhar a empresa. A Visita Técnica deverá ser realizada de forma a possibilitar ampla participação de empresas interessadas. Justifica-se tal visita em função das características inerentes à importância da obra, especificamente à logística de todo o cenário local e por se tratarem de serviços iniciados e não concluídos que demandam de uma avaliação criteriosa e cuidadosa para formulação de propostas que reflitam a realidade dos serviços a serem executados. O objetivo de tal recomendação se destina a possibilitar aos interessados tomar conhecimento das condições locais para execução da obra e suas peculiaridades, de sorte que isso não possa influir negativamente na execução do futuro contrato principalmente no que se refere a prazo de execução. A comprovação de realização da visita técnica deverá constar no ENVELOPE Nº 01 - DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO.

(...)

7.3. A partir do primeiro dia útil seguinte à realização da visita, até o dia útil imediatamente anterior à realização da licitação, a empresa interessada em participar do certame deverá **retirar na CPL** o atestado de comprovação de comparecimento à Visita Técnica que deverá constar do ENVELOPE Nº 02.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

(...)

8.2.1. Se a licitante optar, cópias dos documentos de Habilitação, acompanhadas dos respectivos originais, poderão ser apresentados à Comissão Permanente de Licitação, para fins de autenticação, **até 02 (dois) dias úteis antes** da data marcada para entrega dos envelopes, prevista no item 2.1 do presente Edital.

Ora, as cláusulas acima exigem a identificação do licitante, sendo infringido o sigilo da licitação. Assim, o risco de fraude à licitação é elevado, visto que havendo identificação dos licitantes antes da fase de apresentação das propostas, os mesmos poderão comunicar-se entre si e “acertarem” o preço, estabelecendo quem será o vencedor.

Tem-se que o sigilo das propostas é princípio fundamental da licitação e corolário dos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Sobre o princípio da impessoalidade já tratou a ilustre Ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha¹: “De um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador; de outro, significa a ausência de nome do administrado”.

As cláusulas aqui tratadas permitem o conhecimento antecipado dos licitantes, com violação à impessoalidade do processo, o que torna nulo todo o procedimento, em virtude da existência de vício insanável. A igualdade por sua vez é rompida, quando um licitante obtém uma informação sobre os demais licitantes que irão participar, ajustando entre eles o conteúdo das propostas.

Destarte, é evidente que a maior prejudicada pela conduta desleal e desonesta de conchavo entre os participantes é a própria Administração, que irá contratar a altos custos, havendo violação aos princípios da competitividade e moralidade, prejudicando o interesse público.

Outra prejudicial é a dificuldade de acesso às informações pelos pretensos licitantes, que devem comparecer à CPL para adquirir o(s) projeto(s) básicos/executivos, atestado de comprovação de comparecimento à visita técnica e autenticação dos documentos da habilitação. Não bastasse isso, ainda há necessidade de contato com o Laboratório de Orçamento da Universidade Federal do Espírito Santo para informações sobre a instalação do aplicativo ORÇAMAG.

Salienta-se que o projeto básico e o orçamento básico devem estar disponíveis no site, junto ao edital, por serem peças o que integram, nos termos do art. 40, § 2º, inciso I e II, da Lei n. 8.666/93. Assim os anexos do edital poderão ser visualizados tanto por fornecedores quanto pela sociedade, o que propicia a redução de custos e o aumento da transparência.

No que tange à autenticação de documentos da fase de habilitação, estes deverão ser autenticados após a abertura dos respectivos envelopes, durante a sessão.

Houve, portanto, **ofensa à regra do sigilo das propostas** (art. 3º, § 3º, da Lei 8.666/93) e **aos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da**

¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1991, p. 85, *apud* MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 69



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

eficiência (arts. 5º, I, e 37 da CF), uma vez que as cláusulas que permitem o conhecimento prematuro dos possíveis participantes do procedimento licitatório são ilegais e maculam de nulidade toda a contratação.

II.2 – Cláusula restritiva. Da obrigatoriedade de que a visita técnica seja realizada por engenheiro do quadro permanente da empresa licitante, devidamente credenciado. Ofensa ao art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/93 e aos princípios da legalidade, da competitividade e da razoabilidade/proporcionalidade.

A cláusula 7.1 do Edital n. 013/2012 dispõe que:

7.1. A visita técnica será obrigatória, realizada individualmente por **engenheiro do quadro permanente** da empresa licitante, **devidamente credenciado**, no período compreendido entre **17/12/2012** e **04/01/2013** e deverá ser **agendada previamente** através do telefone **(27) 3636-2027 na CPL / IOPES** que indicará equipe ou profissional competente para acompanhar a empresa. A Visita Técnica deverá ser realizada de forma a possibilitar ampla participação de empresas interessadas. Justifica-se tal visita em função das características inerentes à importância da obra, especificamente à logística de todo o cenário local e por se tratarem de serviços iniciados e não concluídos que demandam de uma avaliação criteriosa e cuidadosa para formulação de propostas que reflitam a realidade dos serviços a serem executados. O objetivo de tal recomendação se destina a possibilitar aos interessados tomar conhecimento das condições locais para execução da obra e suas peculiaridades, de sorte que isso não possa influir negativamente na execução do futuro contrato principalmente no que se refere a prazo de execução. **A comprovação de realização da visita técnica deverá constar no ENVELOPE Nº 01 - DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO.**

A cláusula editalícia supracitada exorbita os requisitos legais exigidos pelo art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a “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 pode observar, não há na lei qualquer menção a quem compete verificar o local de prestação de serviços ou execução da obra, havendo clara **restrição à competitividade**, ao se exigir na cláusula supramencionada que a visita técnica seja realizada por **engenheiro, do quadro permanente da empresa licitante e devidamente credenciado**. Com efeito, é de interesse do licitante encaminhar profissional capacitado para colheita de informações relevantes das condições do local da execução dos serviços, para que suas propostas reflitam com exatidão os serviços a serem executados, evitando-se futuras inexecuções contratuais.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União compreende a vistoria como um direito da empresa licitante, que assumiria o risco de enviar funcionário não habilitado, o que poderia levar à elaboração de uma proposta técnica fora dos requisitos exigidos pelo edital. Nessa linha decidiu o TCU, no Processo nº TC-001.842/2008-4:

"evidencia-se que inexistente fundamento legal para se exigir, com vistas à habilitação da licitante, que tal visita seja **realizada por um engenheiro responsável técnico da empresa participante** (...) Ainda que a obra tenha um grau de complexidade suficiente para justificar a exigência de uma visita técnica, não pode a Administração Pública determinar quem estaria capacitado a realizar



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

tal visita. Essa competência de escolha de quem realizaria a visita técnica cabe unicamente à empresa licitante".

No mesmo sentido, recentemente, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo traçou diretrizes gerais a respeito da matéria, no julgamento do TC nº 333/009/11, nos seguintes termos:

"Por derradeiro, em relação à pessoa que deverá ser designada para o evento, penso que o encargo é atributo exclusivo da licitante, cabendo a ela eleger o profissional responsável que entenda como o mais adequado para a tarefa, independente de ser engenheiro ou não.

Aliás, assim decidiu o Plenário do Tribunal, nos TC-000202/013/10, TC-13464/026/09 e TC-16339/026/08"

Também não se pode admitir que as interessadas em participar do certame sejam obrigadas a enviarem para a visita técnica profissional do **quadro permanente da empresa** sob vínculo empregatício ou manter como sócio algum profissional apenas para "fazer constar" na documentação exigida. O essencial para a Administração Pública é que o profissional esteja em condições de realmente cumprir com suas atribuições por ocasião da execução do futuro contrato.

Importante ressaltar que a comprovação da aptidão técnico-profissional se dará por ocasião da fase de habilitação, consoante artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações, mostrando-se **inadequada, desnecessária e desproporcional** a antecipação para a fase de visita técnica da comprovação de profissional qualificado integrante do quadro permanente da licitante.

Observa Marcelo Palavéri² que "com a visita técnica pode se cometer ilegalidade, antecipando exigência da fase de habilitação, caso se estabeleça a necessidade de que seja realizada por determinado profissional, responsável técnico do licitante. Isso antecipará a apresentação pelo licitante de seu representante, o que só é exigido quando da apresentação do envelope de habilitação, em momento posterior à visita. **O Tribunal rechaça esse tipo de exigência, de modo que os editais devem deixar a cargo do licitante a indicação dos profissionais que promoverão a visita**, sendo certo que os licitantes enviarão técnicos habilitados, por vezes, os próprios responsáveis técnicos para que possam obter as indispensáveis informações para bem formular as propostas".

Denota-se, portanto, que as exigências do item 7.1 do Edital restringem o caráter competitivo da licitação, ao prever que o responsável pela vistoria seja **engenheiro do quadro permanente da empresa licitante e devidamente credenciado**, ao cobrar requisitos não previstos no art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/93, o que configura grave ofensa aos princípios da administração pública, em especial aos da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade/proporcionalidade. Assim, basta que a licitante apresentasse "declaração da empresa indicando expressamente determinado profissional para o fim de tomar conhecimento do objeto a ser executado".

² Licitações Públicas. Comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 1ª ed., Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2009, p. 762



II.3 – Cláusula restritiva. Da obrigatoriedade de realização de visita técnica. Ofensa ao disposto no art. 3º, caput, e §1º, inciso II, da Lei 8.666/1993, além de favorecer ajustes entre os potenciais competidores.

A cláusula 7.1 do Edital n. 013/2012 impõe a obrigatoriedade de comparecimento ao local da obra, senão vejamos:

7.1. A visita técnica será **obrigatória**, realizada individualmente por engenheiro do quadro permanente da empresa licitante, devidamente credenciado, no período compreendido entre **17/12/2012** e **04/01/2013** e deverá ser agendada previamente através do telefone **(27) 3636-2027 na CPL / IOPES** que indicará equipe ou profissional competente para acompanhar a empresa (...).

Primeiramente cabe mencionar que a exigência supramencionada permite aos servidores do Órgão licitante o prévio conhecimento do universo de concorrentes que possuem interesse em participar do procedimento licitatório, o que facilita o conluio entre eles.

Lado outro, a obrigatoriedade de visita técnica não encontra amparo na legislação vigente, devendo ser aplicada como facultativa, sendo um direito do licitante e não uma obrigação. Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se depreende do trecho do voto do Ministro Marcos Vinícios Vilaça, relator do Acórdão 409/2006, a saber:

"(...) as empresas que exercerem o direito de vistoria disporão de condições muito superiores para quantificação do valor do serviço, mas **deve ficar à escolha da interessada decidir se prefere arcar com o ônus de tal operação ou assumir os riscos de uma avaliação menos acurada**. O direito à opção é mais relevante no caso de empresas não localizadas em Brasília, para as quais os custos envolvidos em uma vistoria *in loco* podem ser significativos em relação ao total do serviço. (...) Em todo caso, a empresa que decidir não realizar a vistoria e eventualmente, subestimar sua proposta estará incorrendo em risco típico do seu negócio, não podendo, futuramente, opô-lo contra a Administração para eximir-se de qualquer obrigação assumida ou para rever os termos do contrato que vier a firmar".

Diante do exposto, conclui-se que **a exigência de visita técnica obrigatória é ilegal**, nos termos da vedação do inciso I, §1º, do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, o que causa prejuízo à competitividade, sem acarretar qualquer vantagem à Administração.

II.4 – Cláusula restritiva. Exigência de atestado de visita técnica emitido pela Comissão Permanente de Licitação.

O subitem 8.5.3.4.6. do Edital de Concorrência nº. 013/2012 exige na fase de habilitação a apresentação de "*documento comprobatório de participação em Visita Técnica obrigatória, emitido pela Comissão Permanente de Licitação, nos termos do item 7.1*".

Percebe-se exagero por parte do edital em exigir que a visita técnica seja comprovada por meio de documento obrigatório emitido pela Comissão Permanente de Licitação, visto que nem mesmo a visita técnica é obrigatória.

Em relação ao tema, o TCU tem aceitado, para cumprimento do teor do art. 30, inciso III, da Lei nº. 8.666/93, "a **substituição do atestado de visita técnica por**



declaração formal assinada pelo responsável técnico, sob as penalidades da lei, de que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, assumindo total responsabilidade por esse fato e informando que não o utilizará para quaisquer questionamentos futuros que ensejem avenças técnicas ou financeiras com o DNIT” (TCU. Acórdão nº. 1.174/08, Plenário. Rel. Min. Ubiratan Aguir. DOU, 24 jun. 2008), em face de não haver comprometimento da competitividade do certame, conforme art. 3º, § 1º, I, do mesmo dispositivo legal. Ou, ainda, determinado ao Órgão que “abstenha-se de estabelecer, em licitações que venham a contar com recursos federais, cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras, de maneira a preservar o que preconiza o art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/93, **sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para execução do objeto**”, (TCU. Acórdão nº. 1.599/08, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa. DOU, 14 jul. 2010).

Diante do exposto, mostra-se descabida a exigência do subitem 8.5.3.4.6 do Edital de Concorrência n. 013/2012, violando os normativos supracitados.

II.5 – Cláusula restritiva. Do agendamento prévio da visita técnica.

O subitem 7.1 do Edital de Concorrência nº. 013/2012 prevê que a visita técnica “(...) deverá ser agendada previamente através do telefone **(27) 3636-2027 na CPL / IOPES** que indicará equipe ou profissional competente para acompanhar a empresa (...)”.

Nota-se que não foi dada transparência quanto à amplitude das oportunidades de visita técnica, podendo a Administração optar por uma única data para realização da visita por todos os interessados, o que comprometeria a participação de um maior número de interessados.

É cediço que o Poder Público tem o dever de prever todo o procedimento licitatório no Edital, não podendo valer-se de critérios subjetivos para definição de regras à *posteriori*. Assim, para evitar a restrição à ampla participação de interessados, o edital deve trazer expressamente todas as datas fixadas para a realização da visita técnica, ou um período em que serão realizadas ou, ainda, permitir que sejam feitas a qualquer momento, dentro do prazo entre a publicação e a apresentação das propostas, o que melhor atender à conveniência administrativa.

A respeito do assunto, o TCU tem expedido determinações no sentido de que a Administração “**estabeleça prazo adequado para a sua realização**, tanto para evitar que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes através de reunião no mesmo local e horário, como para assegurar que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas.”³

Assim, tem-se que a cláusula sob análise merece reforma, devendo a Administração se abster de incluir no edital regras que frustrem o caráter competitivo do certame.

Ainda, em obediência ao princípio da eficiência, **deve ser estabelecido no ato convocatório período razoável para realização da visita técnica**, de forma a propiciar, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessem.

³ TCU, Acórdão nº906/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, DOU de 23.04.2012.



II.6 – Da ausência de especificação dos preços unitários. Cláusula que permite, em tese, o “jogo de planilha”. Ofensa ao art. 40, inciso X, da Lei nº. 8.666/93 e ao princípio da economicidade.

Ao instituir uma licitação de “menor preço” a Administração busca selecionar como vencedora a proposta de melhor preço, unitário ou global.

Na contratação em tela, o Edital determina na alínea “a” do subitem 12.7 como critério de aceitabilidade dos preços que a proposta deverá explicitar apenas **preços totais (globais)**, sendo adotado como critério de julgamento o menor preço global. Senão vejamos:

12.7. A Comissão Especial de Licitação do IOPES desclassificará a PROPOSTA COMERCIAL que:

(...)

b) Apresentar PREÇO TOTAL e/ou preço de qualquer FASE superiores àqueles indicados no subitem 6.1 do presente edital.

Entretanto, à luz do inciso X do art. 40 da Lei nº. 8.666/93 é requisito obrigatório do ato convocatório a estipulação de critério de aceitabilidade dos **preços unitários e global**, e não somente um deles, tal como se verificou na contratação em questão, cujo objeto se constitui na prestação de diversos serviços, não podendo simplesmente ser mesclados sob a alcunha de “serviços de engenharia”, pois se constituem em unidades autônomas de prestação, perfeitamente mensuráveis de forma unitária.

O Tribunal de Contas União consolidou entendimento de **que ambos (preço unitário e global) devem se fazer presentes no edital**, com o fito não só de servirem de parâmetro objetivo para a administração aferir a razoabilidade dos valores ofertados, confrontando-os com os correntes no mercado, mas também, no caso dos referenciais unitários, **para evitar a ocorrência do artifício denominado “jogo de planilhas”**. Cite-se, nessa linha, a Decisão nº 253/2002 e os Acórdãos nº 1387/2006; 3066/2008; 1693/2009 e 2301/2009, todos do Plenário.

Enfatize-se que ainda que seja fixado como critério de julgamento o **menor valor global, é dever da Administração analisar a aceitabilidade dos preços unitários da proposta** e, inclusive, ponderar a soma dos valores corresponde ao montante total proposto, conforme se observa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO DO TIPO MENOR PREÇO - IMPUGNAÇÃO DO EDITAL - DECADÊNCIA - COMPATIBILIDADE COM A EXIGÊNCIA DE PREÇOS UNITÁRIOS

E COM O VALOR GLOBAL. 1. A partir da publicação do edital de licitação, nasce o direito de impugná-lo, direito que se esvai com a aceitação das regras do certame, consumando-se a decadência (divergência na Corte, com aceitação da tese da decadência pela 2ª Turma - ROMS 10.847/MA). 2. A licitação da modalidade menor preço compatibiliza-se com a exigência de preços unitários em sintonia com o valor global - arts. 40, 44, 45 e 48 da Lei 8.666/93. 3. **Previsão legal de segurança para a Administração quanto à especificação dos preços unitários, que devem ser exequíveis com os valores de mercado, tendo como limite o valor global.** 4.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

Recurso improvido. (RMS 15051/RS, DJ de 18.11.2002).”

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Não é demais frisar, no que a tange à ausência, no edital, de fixação de preços máximos, nos termos do art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, que o Tribunal já se manifestou em inúmeras oportunidades no sentido de que o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, ao contrário do que sugere a interpretação literal da lei, é obrigação do gestor e não sua faculdade, ao contrário do entendimento esposado pelo recorrente de que a norma não contém determinação expressa vinculativa.

Acórdão 206/2007 Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz

A composição dos custos unitários expressos em planilha orçamentária é indispensável, nos termos do art. 7o, § 2o, da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 1240/2008 Plenário (Sumário)

Atente para que os orçamentos que sirvam de base para decisão em certame licitatório contenham elementos que permitam avaliar se a proposta vencedora e de fato a mais vantajosa para a Entidade, considerando a composição dos custos unitários e sua compatibilidade com os preços de mercado.

Acórdão 324/2009 Plenário

Faça constar dos futuros processos licitatórios o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, a fim de dar cumprimento ao art. 7o, § 2o, inciso II, da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 2444/2008 Plenário

Saliente-se, ainda, que o problema da ausência de preços unitários é ainda mais relevante quando a licitação versa sobre obras e serviços de engenharia, principalmente em vista da eventual necessidade de alterações no curso da execução do certame, pois ao se acrescentar quantitativos aos itens de serviços, a Administração pode vir a ter prejuízos por desconhecer os valores unitários correspondentes.

No presente caso, a **ausência de definição do critério de aceitabilidade do preço unitário**, que deveria ser exigido mediante apresentação de planilha que expresse a composição de todos os custos unitários e respectivos quantitativos, enseja a nulidade da licitação, por infringência ao inciso X do art. 40 da Lei nº. 8.666/93 e violação ao princípio da economicidade.

II.7 – Restrição à ampla participação de interessados. Junção de serviços distintos em uma única licitação.

A alínea “c” do subitem 8.5.3.4.1 do Edital de Concorrência n. 013/2012 prevê o seguinte:

8.5.3.4.1. A comprovação da capacidade técnica operacional da empresa licitante se dará através de atestado(s) de capacidade técnica devidamente registrado(s) no CREA da região onde os serviços foram executados, acompanhados(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico, CAT, expedida(s) por esse Conselho, que demonstre(m) que a licitante tenha executado, para órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, ou ainda para empresa privada, obras/serviços comerciais, institucionais ou industriais de características técnicas similares às do objeto da presente licitação,



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

cujas parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo são as seguintes:

(...)

c) Construção de edificação destinada às artes cênicas ou de apresentação (como teatro, sala de ópera, salas de espetáculos), onde tenha sido executado os seguintes serviços com características similares ao objeto da licitação:

- **tratamento acústico;**
- **cenotécnica;**
- **iluminação cênica;**
- **sonorização**

Verifica-se que os serviços discriminados na cláusula em exame serão realizados de forma autônoma/independente por terceirizados, visto que constituem especialidades distintas dos demais serviços previstos no instrumento convocatório e **não serão executados pela construtora.**

Neste cenário, apresenta-se inviável a participação de empresas pequenas que porventura não tenham capacidade para atender a demanda total, mas apenas algumas parcelas, havendo visível restrição à ampla participação dos interessados.

Assim, resta evidente que houve comprometimento do caráter competitivo da licitação e da igualdade de participação entre os licitantes, devendo os serviços constantes da alínea “c” do subitem 8.5.3.4.1 serem alocados em lote diverso, visando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

II.8 – Do desrespeito à obrigatoriedade de parcelamento. Ofensa aos preceitos da isonomia e eficiência. Infringência aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e art. 23, § 1º e 2º, da Lei 8.666/93.

Consoante se observa da alínea “c” do subitem 8.5.3.3.1 do Edital de Concorrência n. 013/2012, os serviços, para os quais se exige capacidade técnica operacional da empresa licitante, constituem especialidades distintas dos demais serviços previstos no instrumento convocatório e **não serão executados pela construtora.** Da simples leitura dos serviços descritos na cláusula mencionada, é possível observar a discrepância com os demais serviços, *in verbis*:

c) Construção de edificação destinada às artes cênicas ou de apresentação (como teatro, sala de ópera, salas de espetáculos), onde tenha sido executado os seguintes serviços com características similares ao objeto da licitação:

- tratamento acústico;
- cenotécnica;
- iluminação cênica;
- sonorização.

c.1) Execução de serviços especializados de Cenotecnia em teatro ou sala de espetáculos, com funções múltiplas, com caixa cênica de no mínimo 400 m2 e plateia com capacidade superior a 600 lugares e atendendo ainda as seguintes especificações, devidamente comprovadas por meio de Certidão de Acervo Técnico - CAT ou certidão equivalente de outro país:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

I) mínimo de 8 (oito) conjuntos de varas duplas contrapesadas, com comprimento igual ou superior a 18,50 m, e capacidade de carga superior a 500 kgf cada.

II) mínimo de 125 m² de piso de palco acústico executado em assoalho de madeira de lei com 20 mm de espessura ou mais e com sistema flutuante. São aceitáveis a soma das áreas de piso fixo, quarteladas e piso de elevador para orquestra;

III) mínimo de 06 (seis) conjuntos de varas duplas motorizadas (elétricas) com comprimento maior ou igual a 18,50 metros e capacidade de carga superior a 500 kgf cada.

IV) instalação de estrutura metálica em urdimento para instalação dos sistemas e mecanismos cênicos;

c.2) Fornecimento e instalação de sistemas cênicos variados estipulados a seguir, porém, cada item deverá ser comprovado por meio de Certidão de Acervo Técnico (CAT), ou em instalação:

I) Mesa de controle de iluminação computadorizada para 750 canais, padrão DMX, com monitor. Na avaliação será considerado o número de canais e não o número de dimmers controlados;

II) 150 (cento e cinquenta) refletores completos com acessórios entre elipsoidais, planos convexos, Fresnel e par;

III) Sistema permanente de sonorização de teatro ou salas de espetáculos, contemplando caixas acústicas montadas em configuração tipo "linearray" ou centro/esquerdo/direito, com sistema de controle e processamento associado (amplificadores, equalizadores, mesa, etc.);

V) elevador de fosso de orquestra;

De início, cumpre sublinhar que a licitação corresponde ao procedimento administrativo destinado à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e necessária ao atendimento do interesse público, assegurando-se igualdade de competição a todos os interessados, na forma estabelecida no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

No caso vertente, percebe-se que a **junção de objetos de naturezas distintas** em uma mesma licitação com adjudicação por preço global não encontra amparo legal, não se destinando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, vez que essa só seria obtida por meio do parcelamento do objeto, em observância ao disposto no art. 23, § 1º, da Lei nº. 8.666/93⁴.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho⁵ afirma que "o art. 23, § 1º, **impõe o fracionamento como obrigatório**. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não

⁴ "as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala."

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos públicos. 13.ed. São Paulo. P.265 Dialética, 2009.



apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através de realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única”.

Assevera-se que no mercado existe uma infinidade de construtoras, porém ao se exigir qualificação técnica operacional nos **serviços específicos de tratamento acústico, cenotécnica, iluminação e sonorização**, este universo é reduzido significativamente, visto que um número bem menor de empresas são detentoras de *expertise* na execução destes serviços.

No caso em tela, diante da aglutinação de objetos de naturezas distintas em lote único da licitação, há visível favorecimento de construtoras de grande porte, que apesar de possuir experiência em um dos serviços, traz o risco de cometer falhas em outros, prejudicando, sobremaneira, a eficiente aplicação dos recursos públicos.

Por outro lado, há autorização no instrumento convocatório para subcontratação dos serviços constantes na alínea “c”, o que acarretará um custo extra ao erário, que terá que arcar com o BDI da contratada e da subcontratada, não podendo a Administração invocar a economia de escala⁶ para justificar a realização da licitação em um único lote.

No caso em tela, embora os serviços de engenharia se relacionem entre si, por constituírem partes de um mesmo empreendimento, não se justifica a consolidação de apenas um contrato, por haver diversidade de serviços, independente e autônomos entre si.

Não pode, portanto, a contratação de todos os serviços de conclusão da construção do Cais das Artes ser originada da licitação que abrange apenas um único lote, o que deixa nítido flagrante impropriedade, com violação ao princípio da competitividade, pois certamente implicará em redução do universo de possíveis interessados que não dispõem de condições para desempenhar atividades tão amplas e variadas.

Há, portanto, **violação aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93**, cabendo ao gestor promover o parcelamento do objeto a ser licitado visando melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e aumento da competitividade.

II.9 – indícios de superestimação dos limites exigidos para fins de qualificação técnica operacional. Ofensa ao inc. II, art. 30, da Lei nº. 8.666/93, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal.

O Edital de Concorrência n. 013/2012, no subitem 8.5.3.4.1., prevê a comprovação de quantidades mínimas para qualificação técnica das proponentes, sem justificativa para estes quantitativos:

8.5.3.4. Qualificação Técnica Operacional:

8.5.3.4.1. A comprovação da capacidade técnica operacional da empresa licitante se

⁶ Economia de escala significa dizer também que, quanto maior a quantidade licitada, menor poderá ser o custo do produto. Atrai preço à quantidade até o chamado custo zero. A partir desse custo, a quantidade não importa. (Revista Licitações e Contratos do Tribunal de Contas da União, 4ª Edição).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

dará através de atestado(s) de capacidade técnica devidamente registrado(s) no CREA da região onde os serviços foram executados, acompanhados(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico, CAT, expedida(s) por esse Conselho, que demonstre(m) que a licitante tenha executado, para órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal, ou ainda para empresa privada, obras/serviços comerciais, institucionais ou industriais de características técnicas similares às do objeto da presente licitação, cujas parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo são as seguintes:

a) Construção de empreendimento(s) onde tenham sido executados:

- a.1) Estrutura metálica, em quantidade > **250,00 ton.**;
- a.2) Serviços de concreto armado com FCK > 30 MPa, em quantidade > **800,00 m3**;
- a.3) Serviço de fornecimento e montagem de elementos pré-moldados, em quantidade > **1.000,00 m3**
- a.4) Laje tipo "steel deck", em quantidade > **1.600,00 m2**;
- a.5) Sistema de ar condicionado dotado de central de água gelada, com capacidade > **500 TRs**;
- a.6) Serviço de fornecimento e montagem de subestação elétrica, com capacidade > **300 KVA**;
- a.7) Serviço de fornecimento e montagem de grupo gerador de energia, com capacidade > **200 KVA**;

b) Construção de estrutura em concreto protendido;

c) Construção de edificação destinada às artes cênicas ou de apresentação (como teatro, sala de ópera, salas de espetáculos), onde tenha sido executado os seguintes serviços com características similares ao objeto da licitação:

- tratamento acústico;
- cenotécnica;
- iluminação cênica;
- sonorização

c.1) Execução de serviços especializados de Cenotécnia em teatro ou sala de espetáculos, com funções múltiplas, com caixa cênica de no **mínimo 400 m2** e plateia com capacidade **superior a 600 lugares** e atendendo ainda as seguintes especificações, devidamente comprovadas por meio de Certidão de Acervo Técnico - CAT ou certidão equivalente de outro país:

I) **mínimo de 8 (oito)** conjuntos de varas duplas contrapesadas, com comprimento igual ou superior a **18,50 m**, e capacidade de carga superior a **500 kgf cada**.

II) **mínimo de 125 m2** de piso de palco acústico executado em assoalho de madeira de lei com **20 mm** de espessura ou mais e com sistema flutuante. São aceitáveis a soma das áreas de piso fixo, quarteladas e piso de elevador para orquestra;

III) **mínimo de 06 (seis)** conjuntos de varas duplas motorizadas (elétricas) com comprimento maior ou igual a **18,50 metros** e capacidade de carga superior a **500 kgf cada**.

IV) instalação de estrutura metálica em urdimento para instalação dos sistemas e mecanismos cênicos;

c.2) Fornecimento e instalação de sistemas cênicos variados estipulados a seguir, porém, cada item deverá ser comprovado por meio de Certidão de Acervo Técnico (CAT), ou em instalação:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

I) Mesa de controle de iluminação computadorizada para **750 canais**, padrão DMX, com monitor. Na avaliação será considerado o número de canais e não o número de dimmers controlados;

II) **150 (cento e cinquenta)** refletores completos com acessórios entre elipsoidais, planos convexos, Fresnel e par;

III) Sistema permanente de sonorização de teatro ou salas de espetáculos, contemplando caixas acústicas montadas em configuração tipo "linearray" ou centro/esquerdo/direito, com sistema de controle e processamento associado (amplificadores, equalizadores, mesa, etc.);

V) elevador de fosso de orquestra;

A Lei nº. 8.666/93 não prevê limites para exigências quanto à qualificação técnico operacional das empresas licitantes, devendo tais quantitativos mínimos, portanto, ser estabelecidos de acordo com as peculiaridades de cada caso, **levando-se em conta a pertinência e compatibilidade** a que se refere o inc. II do art. 30⁷, da Lei nº. 8.666/93, bem como a noção de indispensabilidade, contida no inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Neste sentido é a Decisão nº. 767/98 da Corte de Contas Federal que consignou que a lei de licitações "não proíbe o estabelecimento de requisitos de capacitação técnico-operacional, mas, sim, retira a limitação específica relativa à exigibilidade de atestados destinados a comprová-la, **deixando que a decisão quanto a essa questão fique a critério da autoridade licitante, que deve decidir quanto ao que for pertinente, diante de cada caso concreto, nos termos do art. 30, II**".

Assim, a Administração Pública deve apresentar detalhadamente as razões que motivaram as quantidades exigidas para comprovação da capacidade técnica operacional, conforme exigido pelo Direito Administrativo na exposição dos motivos dos atos discricionários. Ao deixar de apresentar tal exposição, a Administração estará impondo obstáculo à ampla participação dos proponentes.

Sobre a obrigatoriedade de motivação dos atos discricionários, vaticina Celso Antônio Bandeira de Mello, que: "*se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, "fabricar" razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato*".

Assim, a Administração tem o dever de apontar os motivos de ordem técnica

⁷ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

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;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

que conduzem à necessidade de exigências na qualificação técnico operacional, visando assegurar um mínimo de segurança sem restringir o caráter competitivo do certame. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União destaca a necessidade de expressa justificativa para escolha dos limites exigidos na qualificação técnica operacional:

Consigne, no processo licitatório, de forma clara e expressa, à exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei nº. 8.666/93, seja sobre o aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, **os motivos dessa exigência**, bem como demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado, assegurando-se de que a exigência não implica restrição ao caráter competitivo.

Acórdão nº. 597/2008

Ao inserir exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei 8.666/1993 como requisito indispensável à habilitação das licitantes, **consigne, expressa e publicamente, os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado**, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame.

Acórdão 668/2005 Plenário

É grave a irregularidade consistente na previsão em edital de licitação de obra pública de exigências excessivas ou descabidas, **devendo a Administração justificar os critérios apresentados para fins de habilitação de licitantes, a título de demonstração de capacitação técnica** e de aferição de qualificação econômico-financeira.

Acórdão 1.519/2006 Plenário

Notadamente quanto à questão de quantitativos, há casos em que é relevante tal exigência, na qualificação técnica-operacional da empresa licitante. Invocando exemplo suscitado pelo aludido professor Marçal Justen Filho⁸, “É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina”.

Da análise da natureza dos serviços previstos nos subitens “a.1” à “a.4” é possível verificar que não são executados de uma única vez, e sim em etapas, portanto deve haver uma justificativa técnica cuidadosa para as quantidades exigidas. Quem executa 100m³ de concreto poderá não ter capacidade de executar 800m³.

Saliente-se, aliás, que se mostra **absolutamente indispensável a publicidade de parecer assinado por profissional técnico habilitado** que justifique os quantitativos mínimos exigidos na qualificação técnica operacional impostas no ato convocatório.

A ausência de motivação fere o disposto no inc. II, art. 30, da Lei nº. 8.666/93, pois não podendo o Edital prever exigências despropositadas e injustificadas, vez que afasta potenciais participantes da licitação.

Destarte, considerando os indicativos de irregularidades tratados nos tópicos

⁸ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., Dialética, p. 311.



II.7 e II.8 supra desta representação, onde se noticia a ausência de parcelamento do objeto da licitação, há indícios de que os limites em questão estejam superestimados, devendo ser readequados conforme os termos legais.

III - DA MEDIDA CAUTELAR

O Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo - IOPES, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, publicou na edição do Diário Oficial do Estado do Espírito Santo veiculada no dia 28/02/2013, o resultado da fase de habilitação da Concorrência n. 013/2012, estando inabilitadas as empresas: CONSÓRCIO ANDRADE VALLADARES – TOPUS – CAIS DAS ARTES e NORMANDIA ENGENHARIA LTDA.

O procedimento administrativo licitatório n.º 60370289, que originou o Edital de Concorrência n. 013/2012, encontram-se sem data prevista para abertura das propostas, razão pela qual se faz necessária a expedição de **provimento liminar cautelar, inaudita altera parte**, para que seja susgado o prosseguimento certame até decisão final de mérito por essa egrégia Corte de Contas.

Conforme demonstrado nesta representação, o Edital de Concorrência n. 013/2012 encontra-se maculado de diversos vícios graves, que frustram o caráter competitivo do certame, podendo ocasionar contratação onerosa para a administração pública, sobretudo ante à possibilidade de concluir entre os licitantes e direcionamento do certame.

A ilegalidade evidente do edital indica a robustez dos indícios de violação 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”).**

Por outro lado, a fim de evitar 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”).**

IV - DOS PEDIDOS

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

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, VI, da LC nº. 621/12 c/c artigos 91 e 201, inciso III, da Resolução TC nº. 182/02;

2 – LIMINARMENTE, com espeque nos arts. 1º, XV e XVII, 108 e 125, II e III, da LC nº. 621/12, seja **determinado**, *inaudita altera pars*, ao Diretor Geral do Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo (IOPES) que promova a imediata SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA Nº. 013/2012, decorrente do procedimento administrativo licitatório n.º 58329617 e, caso não haja tempo hábil, para que se abstenha de homologá-la até decisão final de mérito;

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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

4 – NO MÉRITO, seja provida a presente representação para:

4.1 – que seja reconhecida a ilegalidade das cláusulas do Edital de Concorrência Nº. 013/2012 ora objurgadas, **determinando-se**⁹, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVI, da Lei Complementar nº. 621/12, ao Diretor Geral do Instituto de Obras Públicas do Estado do Espírito Santo (IOPES) que adote as medidas necessárias à anulação do procedimento administrativo licitatório n.º 58329617, bem como todos os atos dele decorrente;

4.2 – não cumprida a determinação no prazo fixado, seja susgado o ato, nos termos do art. 71, X, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVII e 110 da Lei Complementar nº. 621/12, sem prejuízo de **comunicar** o fato à Assembleia Legislativa e **aplicar** multa aos responsáveis, na forma do artigo 71, VIII, da Constituição Federal c/c arts. 1º, XIV e XXXII, 110 e 135, II, do indigitado estatuto legal.

Vitória, 8 de março de 2013.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

⁹ O Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para **determinar** à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou". (MS 23.550, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 31-10-2001.) (grifo nosso)