



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

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/OBRAS, em razão de **graves ilegalidades** perpetradas no procedimento de Pré-Qualificação de licitação na modalidade Concorrência Pública n. 006/20013, conduzido pela Secretaria Estadual de Transporte e Obras Públicas, objetivando a realização de obras e serviços de implantação da “Da Ligação entre Vitória e Cariacica, compreendendo ponte (4º), acesso e viaduto”, na forma de execução indireta, sob o regime de preço unitário.



1 – DOS FATOS

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, deflagrou procedimento de Pré-Qualificação para Concorrência Pública n. 006/2013, cuja cópia segue anexa a esta representação.

O **certame de pré-qualificação seria realizado no dia 20/01/2014**, por comissão designada pela Portaria n. 078-S de 31/10/2013, publicada em 01/11/2013, e regido pela Lei n. 8.666/1993, pela Lei Complementar Estadual n. 618/2012, e pelo Decreto n. 2.460-R/2010, e suas alterações, observada a Portaria SEGER/PGE/SECONT n. 049-R/2010, no que couber, bem como pelas demais normas pertinentes e condições estabelecidas no presente Edital de pré-qualificação; contudo, segundo Comunicado da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas, **a data de abertura do referido procedimento foi prorrogado para o dia 03/02/2014** (doc. anexo).

Em uma análise perfunctória do edital, verifica-se que o citado procedimento encontra-se eivado de ilegalidade, por ofensa à Lei 8.666/93, bem como 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.

1.1 - DO PROCEDIMENTO DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO

Trata-se a pré-qualificação de procedimento especial previsto no art. 114 da Lei Geral de Licitações, que ocorre em uma fase anterior à licitação na modalidade concorrência, e visa a seleção de profissionais, empresas ou consórcios aptos à execução de obras, ao fornecimento de serviços ou à aquisição de equipamentos de grande custo e complexidade, os quais exijam alta qualificação técnica e elevados recursos econômicos, *verbis*:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a **pré-qualificação de licitantes nas concorrências**, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende **análise mais detida da qualificação técnica dos interessados**.



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

§ 1o A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2o Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e a análise da documentação. **(Grifos nossos)**

Neste contexto tem-se que o objetivo principal da regra especial ora citada é permitir à Administração a análise mais detida da qualificação técnica e financeira das empresas licitantes selecionando àquelas que detêm idoneidade financeira e capacidade técnica apropriada e suficiente à futura execução do contrato, tendo em vista tratar-se de objeto que demande conhecimento técnico diferenciado dos padrões costumeiros de execução e/ou elevados recursos econômicos.

Convém destacar que para a Administração há certa discricionariedade em adotar, ou não, o procedimento de pré-qualificação, porém, não pode se distanciar das condicionantes alta complexidade técnica e/ou elevado recursos econômicos exigidos pela norma.

Entende-se que esse dispositivo, em verdade, trata-se de uma dissociação do procedimento licitatório em duas etapas. Executa-se a habilitação de forma antecipada, precipuamente no que tange à qualificação técnica e à qualificação econômico-financeira, exigindo-se, ainda, o atendimento aos demais requisitos da habilitação previstos no art. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93.

Assim, atendendo ao comando do § 2º do art. 114, exigem-se, neste procedimento, todos os requisitos necessários à habilitação dos licitantes previstos nos arts. 27 a 31, na modalidade concorrência pública. E mais, tendo em vista as características do empreendimento, admite-se a ampliação dos requisitos de habilitação aos usualmente praticados, desde que tais critérios sejam objetivamente definidos e motivados e não cerceiem a participação de empresas idôneas e capacitadas à execução do objeto.

Neste sentido, é a lição do eminente jurista Marçal Justen Filho¹:

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª ed., Dialética, SP, 2005, p. 659



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

“A pré-qualificação envolve uma ampliação dos requisitos e exigências para participar do procedimento seletivo. Verificam-se restrições usualmente não praticadas.

A instituição do sistema de pré-qualificação e os requisitos previstos, em cada caso, serão examinados segundo critérios usuais de necessidade e adequação. Deve justificar-se a adoção da pré-qualificação perante as peculiaridades do objeto licitado. Além disso, os requisitos deverão ser compatíveis e indispensáveis à boa execução do contrato futuro”.

Veja que da própria natureza do procedimento especial de pré-qualificação há possibilidade de ampliação das exigências usuais aos demais procedimentos licitatórios. Tal fato revela-se pertinente tendo em vista a complexidade técnica e/ou elevado aporte de recursos necessários para a perfeita execução do objeto a ser contratado.

Quanto ao § 2º do art. 114, há determinação de que sejam observadas as exigências da lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e a análise da documentação. Por sua vez a habilitação preliminar está regulada no art. 27 da Lei de Licitações:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
I - habilitação jurídica;
II - qualificação técnica;
III - qualificação econômico-financeira;
IV - regularidade fiscal.
IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)
V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)” (Grifo nossos)

Como se depreende do dispositivo, a Administração deve se ater aos requisitos mínimos que permitam aferir a capacidade dos interessados em executar o objeto contratual com a qualidade e segurança necessária, possibilitando, por outro lado, a ampliação da competição visando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Neste sentido é a doutrina muito bem representada nas palavras de Hely Lopes Meirelles²:

A habilitação preliminar é a formalidade essencial da concorrência, distando-se a comprovar a plena qualificação dos interessados para a execução de seu objeto, de acordo com as condições especificadas no edital. É a verificação da idoneidade dos concorrentes, sob o quádruplo aspecto jurídico, fiscal, técnico e financeiro.

² Licitação e Contrato Administrativo, 15ª ed., Malheiros, SP, 2010, p.106 e 107.



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

Nesta fase – diz textualmente a lei – exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal (art. 27). Nenhuma outra documentação deverá ser exigida, pois que o legislador empregou deliberadamente o advérbio “exclusivamente”, para impedir que a Administração, por excesso de cautela ou vício burocrático, condicione a habilitação dos licitantes à apresentação de documentos inúteis e dispendiosos, que muitas vezes afastam concorrentes idôneos, pela dificuldade de obtê-los. Outros documentos pertinentes, sim, poderão ser exigidos do vencedor, para a assinatura do contrato.

A propósito, já decidiu o TJRS, com inteira razão e oportunidade, que: **“Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados”**; e advertiu, com base no Decreto-lei 200, de 1967, que “o art. 131, que alude à habilitação para licitar, utiliza o termo exclusivamente como querendo significar que as autoridades que dirigem os trabalhos devem exigir o mínimo possível, como querendo aconselhar o abandono de rigorismos, como pretendendo impor singeleza na fase de habilitação, ou seja, na parte inicial do procedimento licitatório.” (Grifos nossos)

Como apontado anteriormente, constitui-se a pré-qualificação em procedimento especial na Lei Geral de Licitações e que tem por objetivo selecionar profissionais, empresas ou consórcios aptos à execução de obras, ao fornecimento de serviços ou à aquisição de equipamentos de grande custo e complexidade, os quais exijam alta qualificação técnica e elevados recursos econômicos. Já o § 2º do mesmo artigo prescreve que se observe o mesmo procedimento praticado nas concorrências públicas.

Trata-se, pois, de uma antecipação da fase de habilitação da concorrência, utilizando-se critérios mais rígidos para a aferição da capacidade técnica e econômico-financeira dos licitantes. Lado outro, tais critérios deverão ser motivadamente inseridos no edital e objetivamente mensuráveis, proibindo-se exigências discricionárias e que excedam às necessidades de execução. Para tanto, deve-se exigir dos licitantes o mínimo indispensável à execução do objeto contratual levando em conta a complexidade do objeto e/ou elevado aporte de recursos à sua execução.

Assim, inerente à própria natureza do instituto, **somente as empresas habilitadas nesta fase da pré-qualificação estarão aptas a apresentação das propostas**, em fase posterior. Entendimento diverso, permitindo a participação de todos os interessados, em respeito aos princípios da publicidade e competitividade, desvirtuaria a



própria natureza do procedimento especial de pré-qualificação, tornando-o desnecessário e inútil.

Neste sentido, leciona Hely Lopes Meirelles³:

“As firmas ou consórcios pré-qualificados serão, no momento apropriado, convidados a participar da concorrência que se abrir para o objeto da pré-qualificação. Nessa concorrência os participantes competirão em igualdade de condições, segundo procedimento comum das concorrências, dispensada apenas sua publicidade, porque os concorrentes já são conhecidos e deverão ser convocados individualmente para a licitação, nos termos do respectivo edital”.

Na mesma linha é o posicionamento de Marçal Justem Filho⁴:

Os licitantes que preencherem os requisitos previstos serão considerados pré-habilitados para a concorrência. **Somente eles estarão legitimados a participar da concorrência. Serão convocados para apresentar suas propostas, em data futura a ser definida.**

A pré-qualificação acarreta uma dissociação entre as fases de habilitação e julgamento das propostas.

A vantagem da pré-qualificação reside em eliminar do curso da concorrência qualquer discussão acerca da idoneidade dos licitantes, eis que esse dado foi exaustivamente investigado no procedimento prévio. Evitam-se conflitos que poderiam prejudicar o curso da licitação e elimina-se o risco de contratação de empresas inidôneas”. (Grifos nossos)

Tendo por base o comando do § 2º do art. 114, que remete à observância das regras pertinentes ao procedimento da concorrência, ou pela própria natureza do procedimento especial de pré-qualificação, que visa à seleção de empresas idôneas a execução contratual, o qual revela complexidade técnica e/ou elevado aporte de recursos, **resta evidente tratar-se de antecipação da fase de habilitação prevista para a concorrência**, compondo, de maneira indissociável um único procedimento licitatório, mas dividido em duas fases distintas. De outra maneira não se conceberia que apenas as empresas habilitadas nesta fase seriam convocadas à apresentação de propostas numa etapa posterior.

³ Ob. cit., p. 122.

⁴ Ob. cit., p. 659.



Tal entendimento, de que o **procedimento de pré-qualificação consiste numa antecipação de fase do procedimento da concorrência**, a despeito da singeleza do raciocínio empregado, **remete a consequências importantíssimas**.

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;
- 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. Os dois primeiros 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 a irrestrita, restará evidentemente, prejudicado a sua manifestação de interesse em participar do procedimento.

Convém destacar que a ausência de projeto básico e do orçamento 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.

Portanto, entende-se que não havendo nesta fase de pré-qualificação o fornecimento de propostas de preços, projeto básico, orçamento detalhado, a previsão orçamentária e o licenciamento ambiental haverá restrição à participação de licitantes no procedimento ora analisado.

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;
- 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)



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

Se de um lado, a ausência de projeto básico e orçamento detalhado, ainda no procedimento de pré-qualificação, trazem prejuízos à ampla participação dos licitantes, como fora demonstrado, por outro, resulta numa situação muito 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 orçamento 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, ainda mais se considerarmos que o próprio procedimento especial de pré-qualificação se destina a obras que envolvam alta complexidade e/ou elevado aporte de recursos.

Em síntese, revela-se o procedimento especial de pré-qualificação previsto no art. 114 da Lei de Licitações em instrumento hábil a selecionar profissionais, empresas ou consórcios que estejam aptos à execução de obras, ao fornecimento de serviços ou à aquisição de equipamentos de grande custo e complexidade, os quais exijam alta qualificação técnica e elevados recursos econômicos. Tal procedimento caracteriza-se pela dissociação da fase de habilitação da concorrência pública em uma etapa anterior, mas conservando a característica de procedimento único, tendo em vista que apenas os pré-qualificados serão convocados a apresentarem suas propostas em etapa posterior. Por esta razão, e pelo comando do § 2º do mesmo artigo, **faz-se necessário o pleno conhecimento dos participantes acerca dos projetos a serem executados, revelando-se necessário o atendimento às exigências do art. 7º, § 2º, incisos I a IV, da Lei de Licitações**, com a existência prévia de projeto básico, de orçamento detalhado, de previsão orçamentária e de licenciamento ambiental.

A ausência destes requisitos inviabiliza até mesmo a definição do objeto por parte da Administração, por se tratar de obra de alta complexidade e/ou elevado aporte de recursos. Como consequência, eventuais critérios inseridos no edital de pré-qualificação, discricionários e sem embasamento técnico, pode levar a execução do futuro contrato com base em metrologias equivocadas ou antieconômicas, em custos diversos dos inicialmente



arbitrados, em prazos executivos diversos dos previstos e ainda, por não possuírem embasamento técnico apropriado em sua estipulação, acabam por restringir a participação de interessados idôneos, prejudicando a competitividade do certame e elevando os custos da contratação.

2 – DOS INDICATIVOS DE IRREGULARIDADES

Relativo ao mérito, há pontos do edital que merecem ser modificados e falhas que necessitam ser supridas. Como já dito anteriormente, a Lei de Licitações, nos termos do art. 114, admite a pré-qualificação de licitante nas concorrências públicas sempre que o objeto recomendar análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. O § 2º, por sua vez, estabelece que na “**pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência**, à convocação dos interessados, ao procedimento e à **análise da documentação**”.

2.1 – DA AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO

O item 1.9, do edital de pré-qualificação, ora combatido, traz uma estimativa no valor de R\$ 700.000.000,00 para execução do futuro contrato. Tal item traz consigo a seguinte redação:

“1.9.1 As despesas previstas para a execução do objeto deste Edital obedecerão à seguinte distribuição, por exercício financeiro.

EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2014/2015/2016

Programa de Trabalho: 26.451.0859.3448.0000 - Implementação de infraestrutura para melhoria operacional no Sistema Metropolitano de Transporte Coletivo - **R\$ 700.000.000,00 (setecentos milhões de reais)”**

No site da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas do Espírito Santo – SETOP, consta a informação de que os anexos, dentre os quais deveria estar o citado “projeto funcional”, poderiam ser obtidos no link: https://mega.co.nz/#F!CIAEiATb!RKITVyTQ_XItKzIBboW1mw.

No entanto, depreende-se do item editalício acima transcrito, a inexistência de Projeto Básico e orçamento detalhado em planilhas, fato bastante para comprometer



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

todo o edital de pré-qualificação. Como apontado em item anterior desta Representação, não há como a Administração definir as melhores e mais econômicas metodologias de execução, quantitativos e prazos de execução com base num “projeto funcional”.

A ausência do projeto básico e de orçamento detalhado em planilhas, 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.

Nesta linha, já decidiu o Tribunal de Contas da União:

Acórdão 477/2008 - Plenário

Processo 019.596/2006-2

Pedido de Reexame

Entidade: Petrobras Transportes S/A - Transpetro

Interessado: Petrobras Transportes S/A - Transpetro

PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ALTERAR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. NEGADO PROVIMENTO.

1. A pré-qualificação em processos licitatórios deve definir os aspectos qualitativos e quantitativos do serviço ou obra a ser realizado, sob pena de se violar o princípio da publicidade e o da busca de ampla competitividade

Ministro Relator Benjamin Zymler

Relatório do Ministro Relator

...

O primeiro subitem questionado é o 9.3.4 que assim dispôs:

9.3. determinar à Transpetro que:

(...)

9.3.4. em instrumentos convocatórios de licitações e pré-qualificações, defina o objeto a ser licitado de forma clara e precisa, com indicação precisa de aspectos qualitativos e quantitativos, nos termos do item 1.3 do regulamento licitatório aprovado pelo Decreto 2745/1998; ç (grifou-se)

A recorrente afirma, de início, que licitações e pré-qualificações são institutos distintos, com objetivos diversos, não podendo, assim, serem tratados como análogos.

Alega que a pré-qualificação perderia seu objetivo se a determinação fosse cumprida da forma em que foi proferida. Isto porque a exigência de definição dos aspectos qualitativos e quantitativos do serviço ou da obra a ser realizada seria cabível somente no processo licitatório, mas não nessa fase prévia, facultativa,



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

porém, importante para pesquisar o mercado capacitado de executar obras e serviços incomuns.

Ademais, frisa-se que na pré-qualificação não se buscam propostas concretas, sendo desnecessárias definições além do objeto a ser contratado.

Requer-se, então, revisão da determinação do subitem 9.3.4, excluindo-se a referência à etapa de pré-qualificação, ou, alternativamente, limitando sua abrangência à operação analisada pela equipe de auditoria do TCU, isto é, o Promef.

Análise

Equivoca-se a recorrente ao afirmar que o procedimento licitatório e a pré-qualificação são completamente distintos. De fato, ocorrem em momentos diferentes, mas estão interligados pelo objeto que se objetiva contratar.

A pré-qualificação é regulamentada pelo art. 114 da Lei de Licitações:

Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

(...)

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação. (grifou-se)

A leitura desse dispositivo já sinaliza para a necessidade de serem observadas, quando da pré-qualificação, as normas relativas à concorrência e ao seu procedimento.

...

Da leitura do texto acima, depreende-se que a pré-qualificação é tão somente antecipação da fase habilitatória da modalidade de licitação concorrência, possível quando o objeto apresente peculiaridades que a justifique.

Nessa linha, torna-se insuficiente mera menção do objeto da concorrência nessa fase de pré-qualificação, como requer a recorrente. Faz-se necessário defini-lo de forma clara e precisa, indicando seus aspectos qualitativos e quantitativos. Isto porque para que sejam selecionados licitantes aptos a executarem satisfatoriamente o objeto, tanto os participantes da pré-qualificação como das demais fases do procedimento licitatório devem estar cientes de todas as peculiaridades do objeto.

Ademais, para que a Administração Pública decida pela pré-qualificação, deverá analisar todos os aspectos do objeto que se quer contratar a fim de verificar suas particularidades, para justificar, assim, a necessidade de realizar previamente a habilitação dos licitantes.

Por fim, há que se atentar para o que o item 1.3 do Regulamento Licitatório da Petrobras dispõe acerca da obrigatoriedade de definição das características do objeto licitado, essenciais à perfeita compreensão, pelos interessados, dos trabalhos a realizar, corroborando a tese acima:



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

1.3 Nenhuma obra ou serviço será licitado sem a aprovação do projeto básico respectivo, com a definição das características, referências e demais elementos necessários ao perfeito entendimento, pelos interessados, dos trabalhos a realizar, nem contratado, sem a provisão dos recursos financeiros suficientes para sua execução e conclusão integral. (grifou-se)

...

Voto do Ministro Relator

...

Quanto ao mérito, alinho-me à proposta da Serur, tecendo, contudo, algumas considerações adicionais.

Questiona a recorrente a necessidade de definição do objeto com os seus aspectos qualitativos e quantitativos nos instrumentos convocatórios de pré-qualificações. Argumenta, em síntese, que nessa fase não se busca nenhuma proposta concreta e sim a pesquisa do mercado. Destaca ainda que a referida exigência descaracterizaria o próprio instituto.

Entretanto, o instituto em tela nada mais é do que uma antecipação da fase habilitatória técnica da licitação, cabível diante de determinadas peculiaridades do objeto a ser licitado. O Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, a meu ver, bem definiu o conceito (Declaração de Voto constante do TC 005.612/2006-6):

Considero, no entanto, relevante observar que em regra os procedimentos de pré-qualificação e habilitação não se confundem. No procedimento da pré-qualificação previsto no art. 114 da Lei nº 8.666/93, se avalia a qualificação técnica dos interessados, ou seja, se as empresas atendem os requisitos técnicos necessários para participar da licitação, enquanto que na fase de habilitação disposta nos arts. 27 a 31 da mesma lei, exige-se dos interessados além da comprovação da qualificação técnica documentação relativa a habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal ...

Em sendo assim, **é imprescindível que o objeto esteja adequadamente definido para que os potenciais licitantes possam definir o seu interesse em participar do certame. Viola o princípio da publicidade e transparência exigir que os licitantes acudam a habilitação sem que eles sequer possam, ante a imprecisão do objeto, avaliar a adequação da futura contratação a sua atuação no mercado. Tal incerteza redundaria em afastar eventuais fornecedores e poderia comprometer a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.**

Em suma, a **pré-qualificação faz parte do procedimento licitatório** e a ela se aplica o tanto o § 2º do art. 70 da Lei 8.666/93 quanto o item 1.3 do Regulamento Licitatório da Petrobras, a seguir transcrito:

...

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 1888/2007, proferido em sede de Relatório de Auditoria realizada na Petrobras Transporte S/A - Transpetro com o objetivo de examinar o procedimento licitatório e as contratações oriundas da carta convite internacional



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

006.8.020.05.0/2005, referente à licitação para construção de 26 navios no âmbito do Programa de Modernização e Expansão da Frota - Promef;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fulcro nos arts. 32, 33 e 48 da Lei 8.443/92, conhecer do presente pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento; e

9.2. dar ciência ao recorrentes do teor desta deliberação”

Tendo em vista a ausência de Projeto Básico e dada a complexidade técnica da obra, faz a Administração a escolha de metodologias executivas que podem não se revelar futuramente as melhores ou mais econômicas ao interesse público, influenciando, como se verá nos itens subsequentes, diretamente nos critérios técnicos utilizados para seleção das empresas pré-qualificadas nessa fase da licitação.

Comunga desse entendimento o Ministério Público de Contas do Distrito Federal, Parecer nº 1351/2010-DA⁵:

EMENTA: Licitação. Edital de Pré-qualificação Internacional nº 2/2009-ASCAL/PRES/NOVACAP. Determinações. Correção do edital. Ausência de projeto básico e de estudo de impacto ambiental, requisitos básicos para a realização da pré-qualificação. Exigência de Certificado de Nível A, obtido a partir do Certificado PBQP-H. Determinação para complementação do edital ou anulação do certame caso já tenha sido realizado.

Ainda, o entendimento daquele órgão Ministerial:

[...]

A pré-qualificação nada, mas é que a antecipação da fase de habilitação em concorrência pública para exame mais cuidadoso dos requisitos de qualificação técnica. Nesse sentido, fundamental que os interessados conheçam pormenorizadamente o objeto e os requisitos para participação do certame, não podendo haver obscuridades ou omissões que impeçam a compreensão correta dos serviços ou obra a ser contratada. Imprescindível, ademais, a observância das disposições dos arts. 27 a 31 da Lei n.º 8.666/1993 e de outras que permitam às empresas compreender o objeto da licitação e efetuar as eventuais impugnações às exigências da fase de habilitação.

Ressalte-se que, exatamente por ser uma etapa do todo, por integrar fase do procedimento licitatório, o edital de pré-qualificação deve obedecer a todos os requisitos previstos na legislação que rege a matéria para que possa ser validamente aberto. A Lei de Licitações é bastante clara ao exigir que, ao se iniciar determinada licitação, os requisitos estabelecidos pelos arts 6º e 7º estejam presentes.

⁵⁵ MPCDF – Terceira Procuradoria – Processo n. 34007/2009



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

Ora, parece lógico ao Ministério Público de Contas que se estas exigências são essenciais para o início de qualquer licitação, **o simples fracionamento do procedimento não é motivo suficiente para que os requisitos prévios à abertura do certame possam ser cindidos e postergados para momento posterior.** (Grifos nossos)

In casu, oportuno trazer à baila o entendimento do Conselheiro Relator Antônio Renato Alves Rainha do TCDF⁶ :

[...]

Ora, o que é o projeto básico, na dicção da Lei nº 8.666/1993, senão documento que possibilite distinguir no empreendimento pretendido pela Administração, entre outros aspectos relevantes, a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. Daí por que o artigo 6º, inciso IX, alínea “f”, do Estatuto das Licitações prescreve que o “*orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados*” é elemento constitutivo essencial do projeto básico. Não é por outra razão que esse diploma legal, em seu artigo 7º, § 2º, incisos I e II, estabelece que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: “*houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo*” e “*existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários*”.

Penso que sem esse elemento informativo ou a sua existência incompleta não há como esta Corte emitir juízo seguro a respeito do preço fixado para a licitação. Este dado repercute na fase de pré-qualificação, visto que serve de base a exigência de comprovação do capital social mínimo, conforme o item 8.5.6 do Edital *sub examine* (fl. 14). Tal exigência restará comprometida caso haja distorção no preço do bem licitado, o que pode dar ensejo ao afastamento de interessados no certame, afetando o caráter competitivo da licitação e, em última instância, o interesse público.

Ademais, nos termos dos aludidos dispositivos legais, o projeto básico é documento que revela a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento licitado. [...]

Ainda, vale ressaltar que restam sem qualquer amparo técnico as estimativas dos quantitativos a serem executados, **os quais também são utilizados no presente certame como critério de seleção**, podendo levar a exclusão de empresas idôneas, aptas a executarem a contento o objeto contratual, mas que por imprecisos ou “estimativas” equivocadas da Administração podem acabar alijadas da competição.

Cumpre salientar que, embora este *Parquet* tenha obtido acesso ao anexo 1-A, Projeto Funcional, no qual descreve o trajeto da obra, o mesmo não é hábil para

⁶ Processo n. 34007/2009 - Sessão Ordinária do dia 27/10/2009 – Tribunal de Contas do Distrito Federal



substituir o Projeto Básico nesta fase procedimental, uma vez que não demonstra a metodologia executiva e tampouco o quantitativo de execução.

Portanto, **a ausência do projeto básico e de orçamento em planilhas já constitui motivo bastante para a suspensão do presente procedimento de pré-qualificação**, seja porque a Administração não possui ainda condições de definir as melhores e mais econômicas metodologias de execução, seja porque ao “estipular” estas metodologias e “estimar” os quantitativos, sem o devido amparo técnico, fixando critérios inapropriados de seleção, corre-se o risco de afastar ou não pré-qualificar empresas idôneas e aptas a execução do objeto, restringindo a competição e podendo gerar sobrepreço quando da entrega das propostas. Tais fatos ficaram bem evidenciados na análise dos critérios utilizados para a seleção.

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

2.2 – DA LIMITAÇÃO AO NÚMERO DE CONSORCIADOS

O item 3.3 do edital traz o seguinte regramento: “3.3 - **No caso de consórcio, este poderá ser formado, no máximo, por 02 (duas) empresas**, observadas as disposições legais aplicáveis, que atendam as condições previstas no art. 33 da Lei 8.666/93, e ainda, as seguintes condições”.

Consta no anexo I, Termo de Referência, item 4.1, que deve ser aceita a participação de empresas em consórcio, tendo em vista a complexidade do objeto e que, em muitos casos, empresas isoladas não teriam condições de se atenderem as exigências contidas no edital. Porém, a Administração restringe a formação desses consórcios com, no máximo, 2 (duas) empresas, sob o argumento de diluir em demasia a qualificação necessária e colocar em risco a execução do contrato.

Para justificar essa restrição, a alegação da Administração é de que a constituição de consórcios com várias empresas poderiam vir a selecionar empresas sem capacidade técnica suficiente para execução do objeto, tendo em vista a possibilidade da soma de diversos atestados. Não merece prosperar tal alegação, pois como se vê no item



7.4 – qualificação técnica, alínea b.1, o edital fixa requisitos rígidos de que as obras principais tenham sido executadas em um único contrato.

“b.1) **Ter executado em 01 (um) único contrato** a implantação de corredor de ônibus em área urbana com remanejamento de interferências (utilidade pública), incluindo:

- a) Execução de corredor exclusivo de ônibus $\geq 13,6$ km
- b) Execução de pontes e/ou viadutos em área urbana com área de tabuleiro ≥ 3.320 m²
- c) Execução de túnel rodoviário em rocha com seção ≥ 90 m², com volume de escavação ≥ 3.680 m³”

Já no item b.2 estabelece regra similar, mas podendo ser dividida em dois contratos:

b.2) **Ter executado em até 2 (dois) contratos**, obras de infraestrutura urbana, contendo:

- a) Aplicação de Rachão ≥ 20.500 m³
- b) Concreto Betuminoso Usinado a Quente ≥ 39.250 m³ ou 94.200 ton
- c) Fresagem de pavimento asfáltico ≥ 57.500 m² (com espessura de até 5cm) ou 2.875 m³
- d) Construção de passarelas metálicas com comprimento > 30 m

Portanto, as exigências dos itens b.1 e b.2 já seriam suficientes para selecionar empresas e/ou consórcios de porte compatível com o empreendimento, revelando-se a restrição ao quantitativo de consorciados cláusula desnecessária e restritiva à competitividade.

Acrescenta-se a isto, o fato de que o item 9.2.1 restringe a subcontratação da obra ao percentual de 20% da obra. Revela-se arbitrária a fixação deste percentual sem a existência e um estudo adequado do projeto básico. Mesmo se tratando de obra civil de engenharia, a complexidade do empreendimento leva a participação de diversas empresas especializadas, como empresas de sondagem, topografia, escavação em rocha, além das obras mais usuais como de terraplanagem, concretagem e outras.

Logo, a combinação de tais exigências, quais sejam, limitação ao número de consorciados, limitação rígida ao percentual de subcontratação e critérios quantitativos



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

extremamente restritivos levam a uma evidente restrição ao caráter competitivo do certame, fugindo inclusive à finalidade da pré-qualificação, qual seja, selecionar empresas aptas a apresentarem as propostas. Não se pretende, neste momento, selecionar “a melhor” proposta, mas tão somente uma gama de empresas qualificadas e aptas a apresentá-las.

Portanto, a limitação do número de consorciados revela-se restritiva à competição inerente aos procedimentos licitatórios contrariando o interesse público, devendo, deste modo, ser excluída do edital.

Desta forma, resta demonstrado a ausência dos requisitos estabelecidos nos arts. 6º, 7º e 33 da Lei n. 8.666/1993.

2.3 – DA COMPROVAÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO EQUIVALENTE A 10% DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO

Mais uma vez, e tal equívoco se repete em diversos itens do edital, a ausência de projeto básico vem influenciar a competitividade podendo levar a restrições à competição eliminando injustamente interessados idôneos.

Resta observado, em leitura ao item 7.3, d.1, do edital de pré-qualificação, abaixo transcritos, a previsão de exigências que conflitam com a Lei de Licitações e Contratos, mais especificamente com o § 2º e 3º do art. 31 da Lei 8.666/1993:

“d) Junto com a comprovação dos índices referidos acima, os licitantes deverão comprovar patrimônio líquido mínimo para fins de habilitação, na forma dos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Lei nº 8.666/93.

d.1) A **comprovação de patrimônio líquido será equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado para contratação**“. (Grifos nossos)

Conforme consta do item 1.9, o valor “estimado” do contrato é de R\$ 700.000.000,00. Nesse caso, a empresa/consórcio deverá comprovar um patrimônio líquido da ordem de R\$ 70.000.000,00. Sem a existência de contrato básico e de orçamento detalhado, o valor estimado revela-se um mero “chute”, sem nenhum amparo técnico, e que poderá trazer consequências na exclusão de interessados.



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

Caso, posteriormente, o valor orçado restar significativamente superior ao estimado, perderá a Administração porque terá selecionado empresa e/ou consórcio com patrimônio líquido incompatível com o empreendimento, frustrando a finalidade do procedimento especial de pré-qualificação.

Por outro lado, se o valor orçado se revelar significativamente inferior ao “estimado”, a pré-qualificação poderá vir a ser anulada, já que, eventuais empresas eliminadas nesta fase por não terem patrimônio líquido de R\$ 75.000.000,00, ou mesmo àquelas que nem participaram da licitação tendo em vista tal restrição, com a redefinição do valor contratual restariam prejudicadas.

Portanto, como já repisado, a ausência de projeto básico e de orçamento detalhado traz uma séria de reflexos nos critérios estabelecidos pela Administração no presente edital, maculando a competência e ferindo princípios da Lei Geral de Licitações. Assim, evidenciada clara afronta aos arts. 3º, “caput” e § 1º, I; 7º, I e 31, § 2º da Lei n. 8.666/1993.

2.4 – EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS QUE PERMITEM IDENTIFICAR OS INTERESSADOS EM PARTICIPAR DO CERTAME

Verifica-se no procedimento de pré-qualificação 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 o item 7 do referido instrumento convocatório:

Os proponentes deverão apresentar, em original ou por qualquer processo de cópia autenticada em cartório, publicação em órgão de Imprensa Oficial ou por autenticação direta pela Comissão de Licitação, quando apresentada simultaneamente **a cópia Comissão e o original até 24 (vinte e quatro) horas antes da abertura dos envelopes pertinentes aos documentos de habilitação,** os seguintes documentos: [...]. (Grifos nossos)

Oportuno registrar que até mesmo para obtenção do edital através do site da Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas é necessário o cadastramento prévio do interessado, momento no qual deverá ser informado CPF/CNPJ, Nome, Telefone e E-mail.



Ora, as transcrições 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 se comunicar e “acertar” 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 Rocha⁷:

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.

Assim, 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, lesando o interesse público.

Houve, portanto, **ofensa à regra do sigilo das propostas**, de acordo com o art. 3º, § 3º, da Lei n. 8.666/93 e **aos princípios constitucionais da impessoalidade, da igualdade e da eficiência**, conforme arts. 5º, inciso I, e 37, “caput”, da Constituição Federal, 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.

⁷ In 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.



2.5 – DOS CRITÉRIOS FIXADOS PARA A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Aponta o item 7.4, alíneas b.1, b.2, e c, os critérios técnicos para seleção das empresas e/ou consórcios pré-qualificados.

“b.1) Ter executado em até 2 (dois) contratos obras de construção de ponte rodoviária estaiada, contendo as seguintes características:

- a) Comprimento total de obras de arte especiais ≥ 1.500 m;
- b) Área total de tabuleiro de obras de arte especiais ≥ 35.000 m²;
- c) Vão livre estaiado executado com apoio do mastro principal dentro d'água ≥ 200 m;
- d) Altura da torre ou mastro principal ≥ 60 m;
- e) Área total do tabuleiro estaiado ≥ 6.800 m²;
- f) Fundação de estacas escavadas executadas com diâmetro $\geq 2,00$ m – totalizando um comprimento total $\geq 2,000$ m;
- g) Execução de camisa metálica com diâmetro $\geq 2,00$ m – totalizando um comprimento total ≥ 1.150 m;
- h) Sistema de estaiamento com cabos, composto por no mínimo 55 estais;
- i) Fornecimento e ampliação de concreto estrutural com fck ≥ 25 Mpa - totalizando volume 57.500 m³;
- j) Execução e lançamento de vigas pré-moldadas de concreto armado protegido – lançamento total ≥ 65 vigas;
- k) Armação com cabos CP 190 RB ≥ 900 ton;
- l) Içamento de aduelas de concreto com peso de 200 toneladas ≥ 40 un;
- m) Apoio náutico;

b.2) Construção de obras de qualquer natureza contendo as seguintes características:

- a) Remanejamento de interferências com redes de utilidades públicas;
- b) Implantação de sistema de iluminação pública;
- c) Execução de obras e serviços em áreas com restrições ambientais, onde foram desenvolvidas atividades de gerenciamento dos impactos ambientais e cumprimento de condicionantes, desenvolvimento de plano de gestão, com destinação e coleta de resíduos sólidos (lixo), acompanhamento social e comunicação com as comunidades envolvidas no empreendimento;
- d) Execução de enrocamento de pedra arrumada;
- e) Execução de aterro hidráulico;



c.) Para fins dos itens “b.1, alíneas “a” a “m”, acima, e sem prejuízo do disposto no caput deste item, **o licitante deverá comprovar cada um dos quantitativos indicados em cada uma daquelas alíneas em atestado (s) proveniente de até 2 (dois) contratos**, ou seja, não será permitida para efeito de comprovação dos quantitativos exigidos em cada alínea, a soma de quantidade(s) contidas em atestado(s) que não seja(m) referente(s) ao mesmo contrato. (Grifos nossos)

Convém mencionar que a Administração se utiliza de alguns critérios quantitativos para a seleção das empresas e/ou consórcios aptos à execução contratual. Contudo, tal conduta se revela demasiadamente simplificada e contrária à própria natureza do procedimento de pré-qualificação, tido como o momento ideal para que a Administração investigue em profundidade a qualificação técnica e econômica-financeira dos licitantes, e não apenas àquelas que atendam a alguns quantitativos.

Ademais, revela-se sem qualquer amparo técnico a “estimativa” de quantitativos sem a existência de projeto básico e orçamento detalhado. Combinado estes dois fatores, ausência de quantitativos em orçamentos e superficialidade na análise da qualificação técnica – a qual se baseia apenas nos quantitativos “estimados” – tem como consequência natural a elevação injustificada dos quantitativos a serem comprovados e restrições maiores no que tange ao número de atestados a serem apresentados.

Compreensível que o Administrador, sem ter o quantitativo orçado e pela singeleza dos critérios adotados para a comprovação da aptidão técnica das empresas, opte por elevar os quantitativos mínimos objetivando preservar a Administração no que se refere à qualidade de execução da futura obra. Ocorre que, como exposto na parte inicial da presente Representação, os critérios utilizados deverão ser os mínimos necessários à perfeita execução do contrato, e quaisquer exigências desarrazoadas revelam-se prejudiciais ao interesse público, tendo em vista a restrição à competição.

No que tange a exigência estampada no item 7.4.2, b.1, “a”, quanto a capacidade técnico-profissional, também, se encontra descoberta de amparo legal, senão vejamos: “Ter executado obras e serviços de construção de ponte rodoviária estaiada, em concreto, com apoio do mastro principal dentro d’água com altura superior a 60 metros e vão estaiado de 200 metros”.



Ora, dentre vários questionamentos a se fazer, pergunta-se qual parâmetro a administração se utilizou para chegar à conclusão de que há necessidade de um vão estaiado de 200 metros. Chama especial atenção a Administração ter se utilizado de tais critérios, se não há projeto básico para tanto. Como se pode antecipar que a solução com a utilização de cabos de aço numa estrutura estaiada seja a melhor e mais econômica? Se não há previsão de passagem de embarcações de grande porte pelo local, qual a necessidade de vão tão extenso? Não seria mais econômica uma solução convencional com apoios a cada quarenta metros ou mesmo uma estrutura com concreto protendido?

Conforme exaustivamente mencionado, dada ausência do projeto básico e de orçamento detalhado, não há como aferir a razoabilidade dos quantitativos utilizados como critérios de seleção no presente caso, comprometendo a lisura do presente edital.

Outrossim, revela-se desarrazoada as exigências de que “o mastro principal dentro d’água tenha altura superior a 60 metros e que o vão estaiado seja superior a 200 metros”. Ora, se uma empresa detém a técnica de construção de ponte ou viaduto estaiado, ela a terá seja para vãos de cem, duzentos ou trezentos metros, bem como poderá ter executado estrutura semelhante com mastro de quarenta metros e ter pelas condições de executar uma com sessenta metros. Portanto, tais critérios revelam-se restritivos à competição, ainda mais se considerarmos que o procedimento visa apenas à seleção de empresas que detenham a técnica necessária para a execução da obra.

Não menos grave, é a exigência de que todas as obras e serviços utilizados tenham sido executados em no máximo dois contratos. Veja-se, por exemplo, a exigência de que se tenha executado fundação de estacas escavadas executadas com diâmetro $\geq 2,00$ m – totalizando um comprimento total $\geq 2,000$ m. e execução de camisa metálica com diâmetro $\geq 2,00$ m – totalizando um comprimento total ≥ 1.150 m; Se a empresa já executou fundação e pilares com o diâmetro necessário, nada impede que o tenha feito em três, quatro ou cinco obras, ainda assim restará comprovado que detém a técnica necessária à execução do projeto. Exigir a soma de apenas duas obras revela-se restritivo à participação dos licitantes; mesmo entendimento pode ser aplicado a outros quantitativos, como sistema de estaiamento com cabos, composto por no mínimo 55 estais; fornecimento e ampliação de concreto estrutural com fck ≥ 25 Mpa - totalizando volume 57.500 m³; execução e lançamento de vigas pré-moldadas de concreto armado protegido – lançamento total ≥ 65 vigas;



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

Tais exigências se revelam desnecessárias, arbitrárias, desarrazoadas, e mais do que restritivas à competição dos licitantes, com a consequente exclusão de empresas e/ou consórcios idôneos, **indica potencial direcionamento da licitação.**

Ora, o procedimento especial de pré-qualificação se revela útil à Administração na medida em que permite a seleção de empresas aptas tecnicamente à execução do objeto contratual. Contudo, **é inconteste que, se a empresa ou consórcio detém a expertise da tecnologia de execução de ponte ou viaduto estaiados, comprovando sua execução em qualquer obra ou quantitativo, igualmente a terá na execução do futuro contrato. Adicionalmente a isso, como comentado, nem há um estudo conclusivo acerca da melhor e mais econômica técnica a ser utilizada na referida ponte.**

Portanto, mostra-se arbitrária a exigência de que os interessados comprovem que todos os serviços e obras se deram em no máximo dois contratos.

Neste sentido se manifestou o TCU na análise de processo referente ao Tribunal Superior Eleitoral:

“Esta irregularidade refere-se ao Edital 034/2006, que antecedeu o Contrato 10/2007: Exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional com máximo de dois atestados por grupo”.

O item 5.2.4. - Qualificação Técnica – do Edital de Pré-Qualificação nº 034/2006 – ASCAL/PRES define como deve ser feita a comprovação do Acervo Técnico- Operacional da licitante. A Observação 1 relativa a esse item, a qual restringe o número de atestados que podem ser apresentados, está transcrita abaixo:

'Observação 1 – O atendimento de cada Grupo (1 a 6) poderá ser feito por até 02 atestados de edificação predial, devendo a exigência de cada parcela dos Grupos (1 a 6) ser atendida por apenas um destes atestados, ficando desta forma o atendimento da alínea 'b.1' limitado à apresentação de, no máximo, 12 (doze) atestados'.

A exigência de apresentação de apenas dois atestados por grupo, sendo apenas um atestado por parcela restringe o caráter competitivo da licitação, além de ir contra determinação do Acórdão nº 1.025/2003 do Plenário do TCU que diz que se deve evitar incluir nos editais cláusulas que venham a restringir a competitividade do certame, sobretudo quanto à exigência de número máximo de atestados técnicos que se mostre, nesse aspecto, desarrazoada. (Grifos nossos)

Ainda no âmbito do TCU, é vasta a jurisprudência neste sentido:



“TCU. ACÓRDÃO Nº 170/2007-PLENÁRIO, REL. MIN. VALMIR CAMPELO. “REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS: COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA, VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO, CAPITAL SOCIAL E GARANTIA, ÍNDICES CONTÁBEIS E CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. VEDAÇÃO INDEVIDA DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO.

1. Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

2. É ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior, com a empresa licitante, na data da publicação do edital.

3. É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.

4. É vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. A adoção desses índices deve estar devidamente justificada no processo administrativo.

5. É ilegal a exigência de comprovação de capital social devidamente integralizado, uma vez que esta exigência não consta da Lei 8.666/93.

6. É ilegal a vedação de somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado”. (Grifos nossos)

TCU. ACÓRDÃO Nº 1094/2004-PLENÁRIO, REL. MIN. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI.

“Outra medida a ser adotada é a anulação do procedimento licitatório. A continuação deste, nos moldes em que atualmente se encontra, inviabilizaria a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração e, conseqüentemente, ocasionaria prejuízos ao Erário. Consoante demonstramos ao longo desta instrução, o certame encontra-se irremediavelmente maculado, com várias disposições que afrontam os princípios da legalidade, da isonomia, do julgamento objetivo e da vantajosidade. (...)

Já deixei anotado no Voto anexo ao Acórdão 481/2004 - Plenário que **a complexidade do objeto da Concorrência 01/2004 não deriva de suas dimensões quantitativas, mas das tecnologias empregadas. Não há, pois, sentido em se vedar o somatório de atestados se o que se deseja é aferir a capacidade do licitante em manejar determinadas metodologias e técnicas. Essa capacidade decorre da qualificação da empresa e da experiência por ela acumulada nos trabalhos realizados,**



independentemente de ter executado tais trabalhos no âmbito de um único ou de vários contratos. Assim, reafirmo meu entendimento anterior de que a vedação em tela restringe o caráter competitivo do certame e viola o princípio da isonomia, uma vez que concede tratamento desigual a empresas que detenham a mesma capacidade técnica, embora adquirida por caminhos diversos”. (Grifos nossos)

TCU. ACÓRDÃO Nº 167/206-PLENÁRIO, REL. MIN. GUILHERME PALMEIRA.

“Entendemos, no caso, caber razão à representante. De fato, consoante já firmado na jurisprudência desta Corte anteriormente mencionada, **não há sentido em se vedar o somatório de atestados se o que se deseja é aferir a capacidade do licitante em determinadas metodologias e técnicas.** Desta forma, faz-se necessária determinação à DATAPREV para que essa abstenha-se de vedar o somatório de atestados para fins de comprovação de atendimento a quesitos de pontuação, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado”. (Grifos nossos)

TCU. DECISÃO Nº 351/2002-PLENÁRIO, REL. MIN. AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI.

“Conforme se deduz da norma constitucional, há a permissão para que se introduzam exigências de qualificação técnica e econômica nas licitações. No entanto, como registrado por José Cretella Júnior, **'apenas serão admitidas exigências de qualificação absolutamente necessárias para demonstrar que o proponente está preparado para executar o objeto da licitação'**. Há, em consequência, uma visível determinação no sentido de que os requisitos sejam reduzidos ao mínimo possível.

Entendo que o espírito do comando constitucional seja precisamente este: evitar que a fixação de restrições desmedidas seja utilizada como subterfúgio destinado a dificultar o amplo acesso à licitação, bem como propiciar a violação do princípio da isonomia entre os participantes.

Nesse contexto, **o estabelecimento de uma quantidade mínima e/ou certa de atestados fere o preceito constitucional da isonomia porque desigual injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Como dizer que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois? Ora, a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não exercitada, ou não existe.** Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a Administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais.

A partir desses comentários, considero não restar dúvidas de que a exigência de um número mínimo e/ou certo de atestados ou certidões de qualificação técnica é incompatível com o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e, conseqüentemente, com o art. 3º da Lei nº 8.666/93”. (Grifos nossos)

Portanto, tendo em vista a ausência de projeto básico e orçamento detalhado, **revelam-se arbitrários e sem amparo técnico os critérios e quantitativos**



estabelecidos no item 7.4, alíneas b.1, b.2, e c, o que é totalmente rechaçado pela jurisprudência, pois tem o condão de induzir ao direcionamento do procedimento licitatório de pré-qualificação a determinadas empresas.

Por tais razões, tais critérios deverão ser revistos e estabelecidos em critérios técnicos e quantitativos extraídos do projeto básico e de orçamento detalhado e a vedação ao somatório dos atestados deverá ser excluída do edital, sob pena de incorrer a Administração em sérios prejuízos ao interesse público.

3 - DA MEDIDA CAUTELAR

A Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas-SETOP, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, deflagrou procedimento pré-qualificação de licitação para Concorrência Pública n. 006/20013; contudo, conforme fora exaustivamente demonstrado ao logo da presente representação, a ausência de projeto básico e de orçamento detalhado tornou sem amparo técnico a escolha das metodologias de execução do futuro contrato, repercutindo de forma direta nos critérios estabelecidos pela Administração para a seleção das empresas e consórcios aptos a apresentarem propostas em etapas futuras, restringindo a competição e cerceando a participação de possíveis empresas idôneas à execução do contrato, em plena afronta à ampla competitividade na licitação.

Ademais, a fixação de quantitativos mínimos sem motivação técnica para tanto, revela-se restritiva à competição dos interessados e arbitrária, trazendo prejuízos ao interesse público, bem como a vedação ao somatório de atestados, conjugada com a exigência de que as obras e serviços de naturezas diversas tenha sido executadas em um mesmo contrato de implementação da ligação entre Vitória e Cariacica, compreendendo a 4ª ponte, acesso e viaduto, revela-se totalmente contrária a legislação e à jurisprudência, restringindo à participação de interessados aptos e idôneos à execução do objeto contratual e indica, inclusive, possível direcionamento do certame a determinadas empresas, encontrando-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 de Pré-Qualificação para Concorrência Pública n. 006/2013 está maculado de diversos vícios graves, que frustram o caráter competitivo do certame, podendo ocasionar contratação onerosa para a Administração Pública, sobretudo ante a possibilidade de conluio entre os licitantes e direcionamento do certame.

Assim, 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 – “*fumens boni juris*”)**.

Por outro lado, a fim de possibilitar a correção do procedimento licitatório e, assim, 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*”)**.

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 IV da Resolução TC 261/13;

4.2 – 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 que ao Secretário de Estado dos Transportes e Obras Públicas que **promova a imediata SUSPENSÃO DO EDITAL DE PRÉ-QUALIFICAÇÃO PARA CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 006/2013**, caso não haja tempo hábil, para que se abstenha de homologá-la até decisão final de mérito;



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

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

4.4 – **NO MÉRITO**, seja provida a presente representação para que seja reconhecida a ilegalidade do certame, ante a inobservância de formalidade legal, bem assim das cláusulas do edital de pré-qualificação de concorrência de obra pública ora objurgadas, **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 ao saneamento do procedimento licitatório e à correção do edital ou, caso já tenha ocorrido o certame, à sua total anulação, bem como de todos os atos dele decorrentes.

Vitória, 21 de janeiro de 2014.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS