

PROCESSO Nº 09987/2020-1 **CERTIFICADO Nº** 0092/2020
INTERESSADO: DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS, SERVIÇOS DE ENGENHARIA E MEIO AMBIENTE
ÓRGÃO/ENTIDADE PREFEITURA MUNICIPAL DE SOBRAL
SECRETARIA DA INFRAESTRUTURA
NATUREZA REPRESENTAÇÃO DO TCE, COM PEDIDO DE CAUTELAR

EMENTA: REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE CAUTELAR, ACERCA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES IDENTIFICADAS NO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 005/2020-SEINF/CPL, PUBLICADO PELA SECRETARIA DA INFRAESTRUTURA DO MUNICÍPIO DE SOBRAL PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA CONSTRUÇÃO DE PONTE ESTAIADA SOBRE O RIO ACARAÚ, NO MUNICÍPIO DE SOBRAL/CE. Admissibilidade da representação, deferimento da cautelar e notificação dos envolvidos.

1 INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação, **com pedido de medida cautelar**, formulada pela Diretoria de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente - DIENG, da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, a qual alega possíveis irregularidades no edital do certame licitatório **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 005/2020-SEINF/CPL**, publicado pela **Secretaria da Infraestrutura do município de Sobral**, cujo objeto consiste na **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA CONSTRUÇÃO DE PONTE ESTAIADA SOBRE O RIO ACARAÚ, NO MUNICÍPIO DE SOBRAL/CE, no valor estimado de R\$ 6.308.949,10** (seis milhões, trezentos e oito mil, novecentos e quarenta e nove reais e dez centavos), com entrega e abertura de envelopes com propostas técnicas, de preços e documentos de habilitação prevista para o dia 19/05/2020, conforme publicação no sítio eletrônico PORTAL DE LICITAÇÕES DOS MUNICÍPIOS, do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

2 DA ADMISSIBILIDADE

2. O art. 1º, inc. VII, da Lei n. 12.509/95 estabelece ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará a competência para representar ao poder competente sobre irregularidades, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Secretário de Estado, ou de Município, ou autoridades de nível hierárquico equivalente. Desta forma, entende-se cabível, em harmonia com esse dispositivo legal, a espécie processual representação para os presentes autos.

3. Por seu turno, a Lei nº 12.509/95, na SEÇÃO IV FISCALIZAÇÃO DE ATOS E CONTRATOS dispõe no artigo 46, o seguinte:

Art. 46. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir a apreciação e o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resultem receita ou despesa praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

[...]

b) os editais de licitação, os contratos em geral, os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no Art. 44 desta Lei;

4. Com efeito, uma vez que compete a este órgão técnico a fiscalização dos atos decorrentes de licitações e contratos de toda a Administração Pública do Estado e dos Municípios do Ceará, vem formular a presente Representação, entendendo cumpridos os requisitos necessários à sua admissibilidade, ante o certame licitatório nº **005/2020-SEINF/CPL**, publicado pela Secretaria da Infraestrutura do município de Sobral e processado pela Comissão Permanente de Licitação municipal.

5. A Lei 8.666/93 em seu art. 113, §1º estabelece que qualquer licitante poderá representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação da Lei.

Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

6. Com isso, verifica-se que o autor da presente Representação possui legitimidade para representar perante este Tribunal de Contas as irregularidades supostamente existentes.

3 DAS IRREGULARIDADES VERIFICADAS

7. Do exame dos Termos do Edital da Concorrência Pública em tela, extrai-se as possíveis irregularidades que acarretariam prejuízo à competitividade e conseqüentemente a busca da obtenção da melhor proposta do certame. O analista de Controle Externo do TCE fundamenta o pleito nos indícios de irregularidades abaixo relacionados.

3.1. EXIGÊNCIA DE ATESTADO(S) REGISTRADO(S) JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA (CREA) OU AO CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO (CAU) PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL (ITEM 6.3.3.2 DO EDITAL).

8. Segundo Marçal Justen Filho, os atestados de qualificação técnico-operacional visam comprovar que: "a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública¹".

9. A qualificação técnico-operacional abrange a experiência e atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho das atividades empresarial para executar os serviços. A qualificação técnica é disciplinada no art. 30 da Lei nº 8.666/93:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 421

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

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

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

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

(grifo nosso)

10. Conforme o exposto, o supracitado artigo limita a exigência de atestados devidamente registrados nas entidades profissionais à capacitação técnico-profissional.

11. A Certidão de Acervo Técnico - CAT de uma empresa, conforme Resolução CONFEA nº 317/86 em seu artigo 4º, é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais de seu quadro técnico, ou seja, só há como comprovar a sua habilitação técnica diante da habilitação dos profissionais vinculados à empresa. Conforme a citada Resolução:

RESOLUÇÃO CONFEA Nº 317/86

Art. 1º - Considera-se Acervo Técnico do profissional toda a experiência por ele adquirida ao longo de sua vida profissional, compatível com as suas atribuições, desde que anotada a respectiva responsabilidade técnica nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia.

Art. 2º - Fica instituído nos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREAs, a partir da data de publicação desta Resolução, o Registro de Acervo Técnico - RAT - dos profissionais devidamente registrados e em dia com as suas anuidades.

(...)

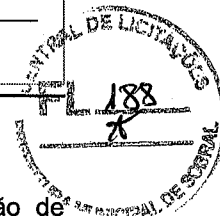
Art. 4º - O Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais do seu quadro técnico e de seus consultores técnicos devidamente contratados.

(grifo nosso)

12. Como a atuação das pessoas jurídicas depende da presença de profissionais habilitados, os quais são indicados como responsáveis técnicos pela execução das obras e serviços de engenharia, tem-se como razoável e pertinente que a exigência do registro dos atestados junto ao CREA ou CAU se restrinja à qualificação técnico-profissional. Assim, os atestados referentes à qualificação técnico-operacional, como visam apenas a demonstrar que a pessoa jurídica já atuou em objeto semelhante ao pretendido pela Administração, basta a sua apresentação, sendo dispensável o seu registro perante os conselhos profissionais.

13. É importante destacar que o Crea ou CAU não emitirá CAT em nome da pessoa jurídica contratada para prova de capacidade técnico-operacional por falta de dispositivo legal que o autorize a fazê-lo.

14. Nessa temática o TCU já exarou Acórdão no seguinte sentido:



Acórdão nº. 128/2012 – 2ª Câmara

Trecho do Acórdão:

1.7. Recomendar à UFRJ que exclua dos editais para contratação de empresa para a execução de obra de engenharia a exigência de registro no CREA dos atestados para comprovação da capacitação técnica operacional das licitantes, tendo em conta a recomendação inserta no subitem 1.3 do Capítulo IV combinado com o subitem 1.5.2 do Capítulo III do Manual de Procedimentos Operacionais para aplicação da Resolução CONFEA nº 1.025/2009, aprovado pela Decisão Normativa CONFEA nº 085/2011.

15. Ante ao exposto, concluiu-se que o atestado técnico-operacional é uma declaração fornecida pelo contratante da obra ou serviço, pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, sem necessidade de registro nos conselhos profissionais, que serve para atestar a execução de obra ou a prestação de serviço e identificar seus elementos quantitativos e qualitativos, o local e o período de execução, os responsáveis técnicos envolvidos e as atividades técnicas executadas.

3.2. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VINCULO DO(S) RESPONSÁVEL(IS) TÉCNICO(S), NA DATA PREVISTA PARA A ENTREGA DA PROPOSTA, NO QUADRO PERMANENTE OU PARTICIPAÇÃO SÓCIETÁRIA (ITEM 6.3.3.5 DO EDITAL)

16. O art. 30, inciso I, da Lei nº 8.666/93 estabelece que:

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;

(...)

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

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

17. Assim, para a comprovação da capacitação técnico-profissional, o licitante deve possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes.

18. Para tanto, a comprovação de que o profissional é do quadro permanente é feita mediante a apresentação de carteira de trabalho, do contrato social da empresa (no caso de sócio) ou de ata constitutiva da diretoria (nas Sociedades Anônimas).

19. Em função da própria evolução das relações trabalhistas modernas, entende-se que a ligação entre o profissional detentor da proficiência técnica e a empreiteira pode ultrapassar a relação “empregado/patrão”. Essa autonomia no exercício da profissão, apesar de descaracterizar o vínculo empregatício, não afasta, de modo algum, a qualificação do detentor do atestado como integrante do quadro permanente da empresa. Comprova-se, deste modo, a disponibilidade do profissional para assegurar o bom acompanhamento da obra.

20. Nesse sentido, o TCU tem considerado suficiente que o vínculo seja demonstrado por contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista, regido pela legislação civil comum, conforme jurisprudência exposta abaixo:

Acórdão nº 2552/2017-TCU-Plenário

Trecho do Acórdão:

9.3. dar ciência ao Município de Amélia Rodrigues/BA sobre as seguintes ocorrências irregulares apresentadas no certame Tomada de Preços 003/2016:

(...)

9.3.6. a exigência, por meio dos itens 4.3.3 e 4.3.5, para fins de comprovação de aptidão técnico-profissional, de que a licitante conte com o profissional detentor da experiência demandada em seu quadro permanente, sem prever a aceitação, para a comprovação de vínculo, de contrato de trabalho particular entre a empresa e o profissional em questão, está em desacordo com reiterada jurisprudência desta Casa (Acórdãos 2297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1097/2007, 103/2009, 600/2011 e 2898/2012, todos do Plenário);

Acórdão nº 872/2016-TCU-Plenário

Trecho do Acórdão:

23. Na licitação que culminou no Contrato Administrativo n. LC/CP011/07-023/0801, houve exigência, para a qualificação técnico-operacional, de apresentação de atestado que demonstrasse o vínculo empregatício dos profissionais com a empresa licitante.

24. Trata-se, efetivamente, de cláusula com caráter restritivo ao certame, segundo consolidada jurisprudência deste Tribunal (v.g., Acórdãos ns. 2.297/2005; 597/2007; 2.553/2007; 141/2008; 381/2009 e 1.041/2010, todos do Plenário).

25. Nesse ponto, cabe transcrever, pela sua relevância para o deslinde da questão, o seguinte trecho do Voto condutor do Acórdão n. 2.297/2005 – Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

“7. Conforme ressaltai na oportunidade em que apreciei a medida cautelar, a Lei n. 8.666/1993 disciplinou de modo minucioso a matéria referente à qualificação técnica e uma das características mais marcantes dessa norma foi a redução da margem de liberdade da Administração Pública nesse campo e a limitação do âmbito das exigências. Com isso, buscou-se evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica se tornassem instrumento de restrição indevida à liberdade de participação em procedimentos licitatórios.”

21. Assim, o vínculo empregatício, de per si, não se faz fundamental e indispensável à garantia do cumprimento das obrigações da contratada, constituindo-se, portanto, em

imperativo desnecessário e ilegal, nos moldes idealizados no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

4 DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA

22. Nesta análise inicial, em virtude da urgência que o caso requer, conforme art. 15, § 5º, do Regimento Interno desta Corte de Contas, esta unidade especializada passa imediatamente a manifestar-se sobre o pedido cautelar, especificamente quanto a presença dos seus dois pressupostos básicos: a fumaça do bom direito e o perigo na demora.

23. Em análise preliminar, cabe registrar que, conforme o doutrinador Humberto Theodoro Jr. a medida cautelar é a “providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar uma situação de perigo para direito ou interesse do litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal”.

24. Nesse sentido, traz-se trecho de Decisão do STF esclarecedor que comenta acerca dos pressupostos de uma medida cautelar, caracterizando-a como ato provisório e não definitivo:

[...]

As medidas antecipatórias e cautelares, **por não representarem pronunciamento definitivo, mas provisório**, a respeito da controvérsia, devem ser confirmadas (ou, se for o caso, revogadas) pela sentença que julgar o mérito da causa, podendo, ademais, ser modificadas ou revogadas a qualquer tempo, inclusive pelo próprio órgão que as deferiu. [...] (AC 2718 MC, Relatora Min. **CÁRMEN LÚCIA**, DJe-184 30/09/2010)

25. Assim, observando a competência desta Corte de Contas e dos pressupostos de uma medida cautelar, esta Diretoria se manifesta nesta instrução, especificamente, acerca do pedido para suspensão do procedimento licitatório.

4.1. Da fumaça do bom direito

26. Observa-se que na presente instrução processual foram elencados 2 (dois) pontos passíveis de irregularidades, que comprometeria a competitividade e conseqüentemente a busca pela melhor oferta. Destaca-se que um único ponto irregular no Edital, por si só, já determina a sua suspensão para readequação e nova publicação.

27. Conclui-se ainda que as irregularidades editalícias cometidas pela Administração, apontadas na presente Representação, **atendem ao requisito da fumaça do bom direito**.

4.2. Do perigo na demora

28. Considerando a EXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES no Edital de Concorrência Pública nº. 005/2020-SEINF/CPL acima descritas, que podem acarretar a contratação não isonômica, antieconômica, restritiva à competitividade, favorecer o direcionamento do certame e prejudicar o julgamento objetivo do certame, e CONSIDERANDO A PREVISÃO PARA RECEBIMENTO E ABERTURA de documentos de habilitação e de propostas técnica e de preços no dia 19/05/2020, no horário de 09h00min, **conclui-se restar atendido o requisito do perigo da demora**.

5 CONCLUSÃO

29. Considerando a explanação acima, esta Diretoria **CONCLUI** restarem configurados na presente representação os pressupostos para a concessão da medida cautelar, ou seja, a fumaça do bom direito e o perigo na demora; devendo, o mérito ser analisado para pronunciamento conclusivo acerca das possíveis irregularidades/ilegalidades alegadas pela representante.

6 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

30. Ante o exposto, a Diretoria de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente, no uso de suas atribuições regulamentares, conclui e propõe:

30.1 A **ADMISSIBILIDADE** da presente Representação, diante do preenchimento dos requisitos exigidos no art. 1º, inc. VII, da Lei n. 12.509/95;

30.2 O **DEFERIMENTO** da **medida cautelar inaudita altera pars** prevista no art. 21-A da LOTCE e no art. 16 do Regimento Interno desta Corte, **determinando à Secretaria da Infraestrutura de Sobral e à Comissão Permanente de Licitação** a suspensão do procedimento licitatório da **Concorrência Pública 0005/2020-SEINF/CPL**, na fase em que se encontra, tendo em vista a caracterização dos pressupostos básicos da Fumaça do Bom Direito e do Perigo da Demora, e;

30.3 Que seja **ASSINALADO PRAZO**, nos termos do inciso IV do art. 15 do Regimento Interno deste Tribunal, para que a **Secretaria de Infraestrutura do município de Sobral** preste os necessários esclarecimentos sobre a matéria abordada na presente representação e neste certificado, para fins de análise conclusiva de mérito por esta unidade técnica.

Diretoria de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente da Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Fortaleza, 14 de maio de 2020.

Assinam digitalmente este certificado:

RICARDO PESSOA DE CARVALHO
Analista de Controle Externo

Confere:

HARISSON MARQUES CARDOSO
Diretor de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente