DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 183/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/18905/2022
PROTOCOLO	: 2220271
ENTE	: MUNICÍPIO DE IGUATEMI
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
DENUNCIADO	: LIDIO LEDESMA (PREFEITO MUNICIPAL)
DENUNCIANTE	: INFRASUL EMPREENDIMENTOS - EPP
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

R E L A T Ó R I O

A matéria em exame compreende a "DENÚNCIA COM PEDIDO LIMINAR" apresentada pela empresa INFRASUL EMPREENDIMENTOS - EPP, informa possíveis irregularidades na Concorrência nº 06/2022 formalizada pelo MUNICÍPIO DE IGUATEMI, a ser realizada em 22/12/2022, que objetiva a execução da obra de Infraestrutura Urbana – Pavimentação Asfáltica e Drenagem de águas pluviais na Rua Alcides Fernandes Nogueira e Restauração Funcional do Pavimento na Rua Gertrudes Martins Farias (MS-295).

A "Denúncia" foi admitida pelo Presidente deste Tribunal, por meio do DESPACHO DSP - GAB.PRES. - 32420/2022, (peça 07, fls. 167-168), sendo daí autuada e a mim encaminhada para a relatoria da matéria

No seu expediente, o denunciante expôs razões informando e sustentando, em linhas gerais, a ocorrência de possíveis irregularidades no edital do certame no sentido do agrupamento em uma única obra de dois serviços especializados de engenharia (civil e elétrica), que, à sua ótica, deveriam ser licitados separadamente, em razão de a regra geral exigir o parcelamento para ampliar a concorrência de mercado e não obstaculizar a competição.

Ao final, a denunciante formula pedido com o seguinte teor:

> "Na esteira do exposto, requer-se seja interrompida a licitação, afim de que este Douto Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, verifique as irregularidades questionada junto a CPL e suas respostas no anexo.
>
> A falha apontada requer, portanto, a atuação fiscalizatória preventiva do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, que se materializará através da aplicação de medida cautelar para suspensão do processo licitatório.
>
> Finalmente, requer que a presente denúncia seja analisada, e entendendo-se haver erro no julgamento adotado, que o presente certame licitatório seja suspenso liminarmente até o parecer deste Douto Tribunal de Contas;
>
> b) como consequência da procedência da DENÚNCIA, determinar a republicação do Edital, escoimado dos possíveis vícios apontados, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8666/93".

É o sucinto relatório.

V O T O

Em conferindo o processamento da matéria, começo por dizer que pelos fundamentos, razões, doutrina e jurisprudência citados e transcritos nos enunciados a seguir, vejo a necessidade de aplicação da medida peticionada pela empresa denunciante, porque consegui detectar, pelo menos *a prima facie*, prova firme, com o vigor necessário, o fumus boni iuris ou o periculum in mora, fundamentos sólidos para, juridicamente, proferir decisão de natureza cautelar. Justifico.

Em seu art. 2º, a Lei nº 8.666/93 discriminou os tipos de objetos que atenderão às necessidades da administração e poderão ser contratados junto a terceiros que detenham condições para tal, notadamente obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações. E no art. 6º encartou suas definições:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I **- Obra** - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;
>
> II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;
>
> III - **Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente**; (original sem grifos)

No caso das 'obras e serviços', não raras vezes, os serviços estão interligados, criando vedação técnica para executá-los separadamente. Já no caso das 'compras', os bens de que necessita serão simplesmente adquiridos no mercado. Certifique-se da redação do art. 23:

> Art. 23. § 1º 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. (original sem grifos)

Embasada pela interpretação descontextualizada e exclusiva do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, a Súmula nº 247 do TCU determinou como "... obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível ..."

Ora, em se tratando de obras de engenharia, **a questão técnico-jurídica é primordial** e insuficientemente enfrentada.

Veja que o Decreto nº 2.300/1986, que antecedeu a Lei nº 8.666/1993, era categórico em seu art. 7º:

> Art. 7º A execução das obras e dos serviços devem programar-se, **sempre**, em sua **totalidade**, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.
>
> § 1º **É PROIBIDO o parcelamento da execução de obra** ou de serviço, se existente

> previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência de recursos ou comprovado motivo de ordem técnica. (original sem grifos)

Para a Súmula nº 247 do TCU, a exceção na vigência do Decreto nº 2.300/86 virou regra com o advento da Lei nº 8.666/93. No entanto, na legislação atual, **há condicionantes que são requisitos imprescindíveis para a correta interpretação da questão**. Assim sendo, tanto o parcelamento quanto o não parcelamento do objeto precisam ser adequadamente justificados (AC nº 2750/2018/TCU).

Nesse prumo, para que se opere à segmentação de uma obra de engenharia, impõem-se dois requisitos cumulativos e de não tão simples atendimento, eis que, eventual divisão do objeto deverá comprovar-se viável técnica e economicamente.

Na seara econômica, o regulamento atual apontou que *"... as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso..."* (art. 7º, III, da Lei n. 8.666/1993).

Já com relação à exigência de ordem técnica, impôs que, se inadequado tecnicamente, não há que se falar em parcelamento do objeto.

> É forçoso, pois, concluirmos que o requisito primevo permanece sendo o de ordem técnica, eis que deveras inócuo o parcelamento ser viável economicamente e não o ser tecnicamente. Enfim, o atual arcabouço normativo impôs condições cumulativas, a técnica e a econômica, de forma existirem as seguintes possibilidades: i. O parcelamento é viável tecnicamente e viável economicamente, de modo, o objeto deverá ser parcelado; ii. O parcelamento é viável tecnicamente e inviável economicamente, de modo, o objeto não será parcelado; iii. O parcelamento é inviável tecnicamente, de modo ser desnecessária a análise econômica e o objeto não deverá ser parcelado
>
> *(Dr. José Eduardo Guidi in artigo "ENGENHARIA LEGAL" – XXCOBREAP – IBAPE – BA - Salvador 2019. https://ibape-nacional.com.br/)*

Em resposta à Consulta formulada abaixo, o Plenário do TCE/MG deliberou pela preponderância do aspecto técnico para fundamentar o parcelamento:

> CONSULTA - PREFEITURA MUNICIPAL - 1) RECURSOS DO FUNDO ESPECIAL DE ROYALTIES/PETRÓLEO - APLICAÇÃO EM ENERGIA, PAVIMENTAÇÃO DE RODOVIAS, ABASTECIMENTO DE ÁGUA, RECUPERAÇÃO E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE E SANEAMENTO BÁSICO - POSSIBILIDADE - PAGAMENTO DE DÍVIDAS E QUADRO PERMANENTE DE PESSOAL - VEDAÇÃO - EXCEÇÕES (ART. 8º DA LEI 7.990/89)- 2) TERCEIRIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS - LICITAÇÃO POR PREÇO GLOBAL - LEGITIMIDADE, DESDE QUE INVIÁVEL O PARCELAMENTO DO OBJETO (§ 1º DO ART. 23 DA LEI Nº 8.666/93). 1) O ordenamento jurídico veda a aplicação das receitas recebidas a título de compensação financeira advindas do Fundo Especial de Royalties / Petróleo apenas no pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal, excetuando-se o adimplemento dos débitos com a União e com entidades a elas ligadas, bem como sua aplicação para capitalização de fundos de previdência, nos termos do art. 8º da Lei n. 7.990/89. 2**) A opção pelo preço global na contratação de empresa terceirizada para realização dos serviços, mediante licitação, objetivando a aquisição de materiais e mão-de-obra, somente será legítima quando se mostrar inviável o parcelamento do objeto**, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93.
>
> (TCE-MG - CONSULTA: 838756, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de

Julgamento: 14/09/2011, Data de Publicação: 14/06/2013)

> Consulta. Conhecimento e resposta. I. **Apenas em circunstâncias específicas, de caráter técnico ou econômico, atinentes às peculiaridades do licitante, é possível autorizar a aglutinação dos serviços a serem licitados em lote único, desde que devida e expressamente motivado pelo gestor**, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93. II. É obrigatória a elaboração de planilha detalhada com a indicação da composição dos custos unitários relacionados a cada obra ou serviço licitado, por se tratar de exigência expressa do art. 7º, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, não sujeita a qualquer condicionante ou relativização, e cuja inobservância acarretará a nulidade do procedimento licitatório, nos termos do art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.666/93.
>
> (TCE-PR 67316719, Relator: TIAGO ALVAREZ PEDROSO, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 15/06/2020)

Conforme exemplarmente explicou o Ministro Raimundo Carneiro quando relatou o voto vencedor referente ao julgamento da Representação nº 04037420181, a análise da viabilidade técnica não pode ser confundida com a divisibilidade do objeto licitado:

> "**Portanto, verifica-se que o parcelamento está condicionado à viabilidade técnica e econômica (sem perda de economia de escalada), ou seja, em não havendo essa viabilidade - que não pode ser confundida com a simples divisibilidade do objeto** - a Administração não deverá efetuar o fracionamento. O instituto do parcelamento está voltado para beneficiar a Administração Pública e não os possíveis fornecedores, ou seja, quando ocorrer deve ser de tal forma que não cause prejuízo ao objeto nem à economia de escala. Conforme demonstrado nos Ofícios 024/2018/GECOT (peça 18) e 014/2019/GECOT (peça 21) , o parcelamento não é tecnicamente inviável, uma vez que o objeto vinha sendo contratado desta forma. Ocorre que foram relatadas diversas situações em que houve a contratação de empresas de menor porte, e estas se evidenciaram tecnicamente incapazes de prestar o serviço satisfatoriamente para uma empresa da envergadura da Caixa."
>
> (TCU - RP: 04037420181, Relator: RAIMUNDO CARREIRO, Data de Julgamento: 22/05/2019, Plenário)

E nesse sentido que ao constatar que as obras de pavimentação drenagem e iluminação ocorrerão no mesmo local e estão interligadas, não vejo a necessidade de serem parceladas. Aqui cito dois fundamentos para a conclusão de que não há restrição à licitação:

1. A parcela relativa à execução dos serviços de iluminação, envolvem enterramento de cabos elétricos e confecções de base para os postes que deverão estar coordenados com os serviços de pavimentação, drenagem, por se situarem no mesmo local de execução, parecendo-me mais viável tecnicamente a execução por uma só empresa.
2. o valor aportado para a obra de iluminação monta em aproximadamente 15% do valor total da obra, valor esse passível de subcontratação (40% do valor

global).[1]

Pelo menos, até que se demonstre o contrário**, não consigo detectar, nesse aspecto, restrição à competitividade.**

Entretanto, verifico dois problemas relativos às exigências de habilitação estabelecidos da Lei nº 8666/1993, consignados no edital:

1. Exigência, na fase de habilitação, de atestados dos serviços de engenharia elétrica excessivamente detalhado e devidamente registrado no CREA (subitem 6.1.3);
2. exigência de prova de quitação de débito (subitem 6.1.2, “b” e “h”) ou visto do conselho regional de fiscalização profissional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou o projeto deva ser executado na fase de habilitação;

Começo por dizer que a exigência de atestados deve se ater às atividades mais relevantes do objeto licitado. Como já foi dito, em que pese a área especializada para a instalações de luminárias ser a engenharia elétrica, os serviços de iluminação montam em aproximados 15% da obra e detém pouca complexidade, sendo esse serviço comum e de conhecimento técnico também da área de engenharia civil, e por tal, a meu ver, não deveria ser exigido atestado relativo a essa parte da obra.

Na seara infraconstitucional, aplicam-se ao tema os seguintes artigos da Lei nº 8.666/1993:

> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
> I – habilitação jurídica; [art. 28]
> II – qualificação técnica; [art. 30]
> III – qualificação econômico-financeira; [art. 31]
> IV – regularidade fiscal e trabalhista; [art. 29]
> V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
>
> 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;
> (...)
> § 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou

[1] "(...) é farta a jurisprudência do TCU no sentido de que, embora a Lei 8.666, de 21/6/1993, permita a subcontratação parcial da obra, serviço ou fornecimento, é imprescindível que essa possibilidade esteja previamente prevista no edital e constante do contrato. É o que se depreende dos arts. 72 e 78, inciso VI, do referido diploma legal." (Acórdão 717/2011 – Segunda Câmara)

superior

As exigências de qualificação técnica devem ser somente das atividades relevantes e as suficientes para a garantia da boa execução do serviço. Assim assiste razão ao denunciante na parte em que reclama da especificação exigida relativa à iluminação pública, especialmente pela pequena relevância quantitativa na obra e pelo detalhamento descrito no subitem 6.1.3 do Edital. Transcrevo, abaixo, precedentes do Tribunal de Contas da União acerca do tema:

> **Súmula 263 do TCU**:
> Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e **desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado**, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.
>
> **Súmula 272 do TCU**: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.
>
> Restringe a competitividade do certame a exigência **de atestados de capacidade técnica relativos a parcelas de menor importância do objeto da licitação, sobretudo àquelas que tenham previsão de subcontratação no edital.** (Acórdão 6219/2016 – Segunda Câmara)
>
> A exigência de comprovação de experiência anterior, para fins de qualificação técnico-operacional, na prestação de serviços **que não são, simultaneamente, de maior relevância técnica e valor significativo do objeto viola o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, o art. 14 da Lei 12.462/2011 (RDC) e a Súmula TCU 263**. (ACÓRDÃO 2474/2019 – PLENÁRIO)
>
> É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante **já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação** (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993). (ACÓRDÃO 914/2019 – PLENÁRIO)
>
> Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, **de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de obra**, **salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório**. (Acórdão 134/2017 – Plenário)
>
> Em contratação sob o regime de empreitada integral, admite-se a previsão de subcontratação de parte relevante do objeto licitado quando, de antemão, a Administração sabe que existem poucas empresas no mercado aptas à sua execução, devendo, em tais situações, **se exigir a comprovação de capacidade técnica, relativamente a essa parte do objeto, apenas da empresa que vier a ser subcontratada.** (ACÓRDÃO 2021/2020 – PLENÁRIO)

As alíneas “b” e “h” do subitem 6.1.2 do edital acrescentam as exigências de prova de quitação da empresa junto ao CREA, bem como vistos do responsável técnico na circunscrição do local, na fase de habilitação. Isso é impertinente e restritivo. Certifique-se da jurisprudência dominante do TCU:

> **É irregular a exigência de prova de quitação de débito ou visto do conselho regional de fiscalização profissional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou o projeto deva ser executado,** prevista no art. 69 da Lei 5.194/1966, dispositivo tacitamente revogado pela edição do DecretoLei 2.300/1986 e, posteriormente, da Lei 8.666/1993. (Acórdão 434/2016 – Plenário)
>
> **É ilegal a exigência de prova de quitação com o Crea para fins de habilitação, pois art. 30, inciso I, da Lei 8.666/1993 exige apenas o registro na entidade**. O disposto no art. 69 da Lei 5.194/1966, que regulamenta o exercício dos profissionais de engenharia, não pode prevalecer diante do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nem da própria Lei 8.666/1993 (norma geral). (ACÓRDÃO 2472/2019 – 1ª CÂMARA)
>
> É irregular exigir que a comprovação de aptidão técnica da empresa para executar o objeto da licitação (capacidade técnico-operacional) esteja registrada no Crea. (Acórdão 655/2016 – Plenário)
>
> **O registro ou visto em conselho regional de engenharia e arquitetura do local de realização de obra é condição para celebração do contrato, mas não para participação de empresa na respectiva licitação**. (Acórdão 2239/2012 – Plenário)
>
> **Compromete a competitividade do certame a exigência, na fase de habilitação, de visto do Crea local na certidão de registro no Crea de origem dos licitantes**. O momento apropriado para atendimento a tal exigência é no início da atividade da empresa vencedora do certame, que se dá com a contratação. (Acórdão 966/2015 – Segunda Câmara)
>
> **Restringe a competitividade do certame a exigência, como condição de habilitação, de aposição de visto pela entidade fiscalizadora local nos documentos de capacidade técnica de licitantes sediadas em outras unidades da Federação. A exigência aplica-se apenas à vencedora da licitação**. (Acórdão 1176/2016 – Plenário)
>
> É irregular a exigência de apresentação, pelas licitantes**, de visto no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea) da localidade onde os serviços serão prestados, como critério de habilitação**, devendo ser estabelecido prazo razoável, após a homologação do certame, para que a vencedora apresente esse documento no ato da celebração do contrato (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, c/c o art. 31 da Lei 13.303/2016 e a Súmula TCU 272).

Da mesma forma o Tribunal de Contas da União, fundamenta um entendimento no sentido de que não se sustentam e restringem a competição, a exigência de atestação de capacidade técnico-operacional sejam registradas no CREA, conforme estabelece o item 6.1.3 do instrumento convocatório. Confira:

> Na aferição da capacidade técnica das pessoas jurídicas, **é irregular a rejeição de atestados de capacidade técnico operacional que não possuam registro no conselho profissional**. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais

competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. (Acórdão 7260/2016 – Segunda Câmara)

É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certame licitatório **seja registrada ou averbada junto ao Crea**, uma vez que o art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. (ACÓRDÃO 1849/2019 – PLENÁRIO)

Ao menos em juízo de cognição sumária está presente o *fumus boni iuris*, o direito lesado está evidente e não depende de dilação de prova nem de suscitação de debate teórico sobre a existência dele, ou como ele deve ser interpretado, porque está claro na doutrina e na farta jurisprudência colacionada que os subitens do edital citados são restritivos à competição, malferindo a isonomia entre os participantes, e, por tal, a continuidade do certame oferece risco ao interesse público (*periculum in mora*).

Tudo examinado e levado na devida conta, com fulcro no art. 71, da Constituição Federal; c/c artigo 77, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul; artigo 113, parágrafo 2º, da Lei n. 8.666/93; artigos 56 a 58, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012; e artigo 4º, inciso I, alínea “b”, item 3; e 148, caput , ambos do Regimento Interno do TCE/MS; e no Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, com base na teoria dos poderes implícitos, através do acórdão proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.547-7/ DF; **decido** no sentido de **aplicar medida cautelar, determinando que:**

I – o senhor Lídio Ledesma, Prefeito Municipal de Iguatemi, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do processo licitatório Concorrência n. 06/2022, ou, caso já tenha ocorrido a sessão de recebimento das propostas, que se abstenha de homologar a licitação e formalizar a respectiva ata ou contrato, até ulterior manifestação deste Tribunal, facultando ao gestor a correção do edital, com a sua devida republicação e reabertura de prazos do certame;

II – a autoridade responsável seja intimada para, no prazo 5 (cinco) dias úteis:

1. comprovar o cumprimento imediato das determinações desta decisão;

2. manifestar-se sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* bem como encaminhar os eventuais documentos faltantes, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito;

3. encaminhar, caso venha a anular definitivamente a Concorrência n. 06/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal;

4. encaminhar, caso promova as correções no edital, o comprovante das alterações e da republicação do instrumento;

III – intimar a empresa INFRASUL EMPREENDIMENTOS - EPP, denunciante;

IV – as intimações acima sejam feitas por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) nº 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão

Campo Grande/MS, 19 de dezembro de 2022.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

fij