

1ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE PARNAMIRIM
Rua Suboficial Farias, n. 1415, Centro, CEP 59.140-255, Parnamirim/RN
Telefones: (84) 3645-7510/5612

Ref.: Notícia de Fato n. 001/2018-1ªPmJP

RECOMENDAÇÃO Nº 001/2018

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, por meio da 1ª Promotoria de Justiça da Comarca de Parnamirim/RN, no uso das atribuições conferidas pelo art. 129, incisos II e III, da Constituição Federal, pelo art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e pelo art. 69, parágrafo único, alínea d), da Lei Complementar Estadual n. 141/96 (Lei Orgânica Estadual do Ministério Público), e ainda, CONSIDERANDO que, conforme estatui o art. 37, caput, da Constituição Federal, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos Princípios de Legalidade, Moralidade, Eficiência; CONSIDERANDO serem funções institucionais do Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, promover o inquérito civil e a ação civil pública para a defesa dos interesses difusos e coletivos; CONSIDERANDO que incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal; CONSIDERANDO que compete ao Ministério Público, na forma do art. 69, parágrafo único, alínea d), da Lei Complementar Estadual n. 141/96, expedir recomendações visando ao efetivo respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências pertinentes; CONSIDERANDO que o presente instrumento tem caráter preventivo e pedagógico, nos termos do que dispõe o Conselho Nacional do Ministério Público; CONSIDERANDO que a Constituição Federal estabelece o dever de a Administração Pública observar o processo licitatório quando da contratação de obras, serviços, compras e alienações, como forma de se garantir a ampla participação de interessados (CF/88, art. 37, XXI); CONSIDERANDO que a participação dos particulares no certame, entretanto, pode – e deve – ser regrada com o intuito de se objetivar “o cumprimento das obrigações” a serem avençadas, ou seja, que o interesse público almejado com a contratação seja integralmente obtido, evitando-se, assim, pactuações fadadas ao fracasso pela incapacidade do pactuante e falhas em políticas públicas; CONSIDERANDO que a qualificação que deve recair sobre o particular visa aferir a capacidade técnica do licitante para executar o objeto da licitação, de modo que a permitir que Administração se cerque de garantias de que o contrato tenderá a ser executado, resguardando-se o extremo interesse para os administrados no que diz respeito ao fiel cumprimento da avença; CONSIDERANDO que as exigências a serem impostas não são discricionárias nem podem afrontar o Princípio da Isonomia, razão pela qual a Constituição estabeleceu que, no tocante ao processo licitatório, “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, tendo a Lei n. 8.666/93 estabelecido parâmetros que não podem ser transbordados pelo gestor; CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal já se posicionara vedando discriminações abusivas, em clara ofensa ao Princípio da Isonomia (ADI n. 2.716, Pleno, rel. Min. Eros Grau. j. em 29.11.2007, DJe de 6.3.2008); CONSIDERANDO que o disciplinamento da matéria se encontra esculpido, inicialmente, no art. 30 da Lei n. 8.666/93, devendo o Administrador Público limitar-se aos parâmetros fixados na norma, em atenção ao Princípio da Legalidade Estrita; CONSIDERANDO que, consoante termos legais (art. 30, caput), tem-se que 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; 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”;

CONSIDERANDO que, assim, tem-se clara distinção entre a capacitação técnica profissional para a operacional, pois a primeira (art. 30, inciso I) diz respeito a exigência de profissional responsável pela execução da obra vinculado à empresa, enquanto que a segunda (art. 30, inciso II) envolve a capacidade de a empresa em realizar o fim pretendido;

CONSIDERANDO que a importância do referido dispositivo legal se destaca, ainda, na norma prevista em seu §1º, I, que veda a imposição de quantidades mínimas referentes à qualificação técnica operacional;

CONSIDERANDO que, no esteio das vedações trazidas pelo art. 30 da Lei n. 8.666/93, tem-se que a obrigação do licitante em apresentar Atestado de Visita Técnica está em desacordo com as regras legais e constitucionais que prezam pela competitividade do certame, caso não haja demonstração de que tal procedimento é imprescindível para a perfeita execução do contrato;

CONSIDERANDO que a normativa da Lei de Licitações sobre a qualificação técnica profissional e operacional inspirou a edição da Súmula n. 272 do Tribunal de Contas da União, cujo enunciado preconiza que “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”;

CONSIDERANDO que, nesse sentido, há remansosa jurisprudência que veda a fixação de número mínimo ou máximo de atestados (cf. Acórdão n. 585/2009, TCU, Plenário, rel. Min Benjamin Zymler);

CONSIDERANDO que, consoante jurisprudência do Tribunal de Contas da União, com apenas um projeto ou com o somatório de acervos técnicos poderia se comprovar a execução de obras de características semelhantes (cf. Acórdão n. 2150/2008);

CONSIDERANDO que a exigência de comprovação de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante também viola o caráter competitivo do certame, desrespeitando a Súmula n. 272 do TCU e indo de encontro à jurisprudência deste mesmo Tribunal;

CONSIDERANDO que importa ressaltar, ainda, o §6º do mesmo art. 30, uma vez que tal dispositivo legal veda a exigência de propriedade de materiais e equipamentos prévios ao momento da contratação, evidenciando a vontade do legislador no sentido de promover a maior competitividade possível;

CONSIDERANDO que, além do art. 30 retromencionado, outro dispositivo legal assume relevante função no escopo de preservar a competitividade e lisura das licitações, a saber, o art. 29 da Lei n. 8.666/93, segundo o qual “A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943”;

CONSIDERANDO que a definição clara e precisa do objeto também é exigência imperiosa estabelecida pela Lei Licitatória, consoante arts. 14 e 40, I, desse diploma legal;

CONSIDERANDO que, nesse diapasão, o Tribunal de Contas da União tem entendimento sumulado sobre a necessidade de se estabelecer definição precisa e suficiente do objeto a ser

licitado, conforme Súmula n. 177, segundo a qual “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”;

CONSIDERANDO que a imprecisão, aliada à ausência de critérios objetivos de escolha e preço pode dar azo a direcionamento, superfaturamento, fraudes e restrições competitivas, como a ora detectada;

CONSIDERANDO que, diante de todo o exposto, verificou-se que o Edital da Licitação Concorrência n. 004/2017 – de interesse da Secretaria Municipal de Obras Públicas – destoa das regras de qualificação técnica profissional e operacional previstas no art. 30, I e II, §§1º e 6º da Lei n. 8.666/93, uma vez que estabeleceu exigências extremamente rigorosas e difíceis de serem alcançadas no mercado regular;

CONSIDERANDO que, a um, isso se deve ao fato do Edital em questão impor ao administrado a disponibilidade de profissional com restritíssima disponibilidade no mercado, exigindo-se deste, ainda, que possua simultaneamente experiência em gestão de iluminação pública em quantidade mínima de 6.000 pontos em um único contrato e 50 (cinquenta) projetos elétricos elaborados, executados e aprovados por concessionária e 20 (vinte) projetos de instalação elétrica em evento temporário ou decoração festiva;

CONSIDERANDO que, pela cláusula editalícia retromencionada, pode-se incorrer em situação irrazoável na qual uma determinada empresa, com múltiplos serviços prestados na instalação de postes, sendo cada contrato com 5.999 pontos, estaria alijada de participar do certame, sendo certo que a mesma teria maior know-how do que aquela que prestara um único contrato com 6.000 pontos, como o estabelecido pelo Poder Público (item 5.1.4, c), c.1), d), d.1));

CONSIDERANDO que, a dois, o Edital em relevo também impõe que a empresa possua projetos de instalação elétrica em evento temporário ou decoração festiva elaborados, executados e aprovados por concessionária em um total mínimo de 20 (vinte) projetos, ensejando outra situação contraditória: uma vez que uma empresa pode apresentar um acervo compatível com o certame, mas pode ser desclassificada unicamente por ter feito o projeto em época distinta da decoração festiva ou de evento temporário (item 5.1.4, c), c.3));

CONSIDERANDO que, a três, a análise detida dos itens constantes na planilha orçamentária para composição de custos e formação de preços básico do Edital denota que o serviço pretendido, apesar do elevado custo anual, não é de extrema complexidade, revelando-se a participação de eletricitista e, destarte, reforçando a conclusão de que os serviços serão acompanhados diretamente por profissional desta qualificação e não por uma pessoa de amplíssima experiência na área elétrica, como imposto pelo Edital;

CONSIDERANDO que, por conseguinte, constata-se a incompatibilidade entre o objeto da licitação (contratação de empresa especializada em engenharia elétrica para manutenção, reforma, ornamentação e gestão do sistema de iluminação pública, na rede ora implantada no município de Parnamirim/RN) com a exigência de acervo técnico relacionado a projetos, a qual não tem fundamentos no âmbito de um contrato de execução de obras e/ou serviços e, por conseguinte, não deveria constar no Edital (item 5.1.4, c.2), c.3));

CONSIDERANDO que, ainda no tocante à inobservância do art. 30 da Lei n. 8.666/93, o Edital também falha ao estipular: a obrigação do licitante em apresentar Atestado de Visita Técnica fornecido por Secretaria Municipal de Obras Públicas de Parnamirim (item 5.1.4, g), g.1)) e a exigência de comprovação de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante (item 5.1.4, b), e));

CONSIDERANDO que o Edital da Licitação Concorrência n. 004/2017 igualmente malferiu o disposto no art. 29 da Lei n. 8.666/93, ao requisitar Certidão Negativa de Protesto como forma de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista (item 5.1.3, k));

CONSIDERANDO que, no que diz respeito ao Termo de Referência do Edital da Licitação Concorrência n. 004/2017, uma das ilegalidades constatadas reside na exigência de que “a contratada deverá possuir em seu patrimônio as ferramentas, máquinas, equipamentos adequados e veículos operacionais próprios e certificados e não adaptados visando atender às normas de segurança pertinentes ao objeto deste termo”, o que viola o art. 30, § 6º, da Lei n. 8.666/93 (itens 12.1, 12.1.1.3);

CONSIDERANDO que o Termo de Referência também vulnera os arts. 14 e 40, I, da Lei Geral de Licitações ao estabelecer a necessidade de a empresa dispor de “Software de Gerenciamento de Iluminação Pública”, não trazendo maiores detalhes sobre a referida exigência (item 12.1.1.2);

CONSIDERANDO que, diante de todo o exposto, deve-se indicar resumidamente quais as cláusulas constantes do Edital da Licitação Concorrência n. 004/2017 e do respectivo Termo de Referência que padecem de ilegalidade à luz dos fundamentos jurídicos retromencionados:

itens do Edital:

5.1.4, alíneas a), b), c), c.1), c.2), c.3), d), d.1), e) e g), g.1: exigências de qualificação técnica profissional e operacional;

5.1.3, alínea k): exigência de qualificação técnica profissional;

itens do Termo de Referência:

12.1: exigência de qualificação técnica operacional;

12.1.1.2: objeto genérico;

12.1.1.3: exigência de qualificação técnica operacional) do Termo de Referência;

CONSIDERANDO que, desse modo, faz aparente sentido que de dezoito empresas que solicitaram o edital, apenas duas tenham buscado se habilitar ao certame;

CONSIDERANDO que, dentre as empresas que diligenciaram sua habilitação, destaca-se a empresa ENERTEC CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, alvo de várias operações deflagradas no Estado devido à existência de fortes indícios da prática de crimes contra a Administração Pública por meio da empresa e outras pessoas a ela vinculadas;

CONSIDERANDO que, ante o exposto, importa destacar que a Licitação é a regra, devendo o Parquet buscar meios de fazer com que o Poder Público adote procedimentos escorreitos e que garantam a ampla participação de interessados;

CONSIDERANDO, outrossim, a mera anulação do procedimento com a correção das cláusulas apontadas não significa que a Administração não deva licitar ou que esteja impedida, em definitivo, a prosseguir no convocatório;

CONSIDERANDO que são Princípios norteadores da Administração Pública e de seus respectivos gestores a LEGALIDADE, a IMPESSOALIDADE, a Moralidade, a Publicidade e a EFICIÊNCIA;

CONSIDERANDO que os vícios de ilegalidade existentes no instrumento convocatório de um processo licitatório – a exemplo do que foi verificado no Edital da Licitação Concorrência n. 004/2017 – podem causar ônus indevido ao erário, impedindo que a Administração Pública exerça seu direito e dever de efetuar a melhor escolha e oportunizando o direcionamento indevido do certame;

CONSIDERANDO que não há notícias oficiais de que a Licitação Concorrência n. 004/2017 tenha sido encerrada;

CONSIDERANDO que tais fatos consubstanciam a prática de ato de improbidade administrativa, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92;

RECOMENDA ao Sr. ROSANO TAVEIRA DA CUNHA, Prefeito do Município de Parnamirim, e ao Sr. FRANKLIN ALTEVY BRUNO WANDERLEY, Secretário Municipal de Obras Públicas, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da presente recomendação ministerial, providenciem:

(a) a SUSPENSÃO da Licitação Convite n. 004/2017, na hipótese da mesma ainda estar tramitando no âmbito do município; ou a sua ANULAÇÃO, caso a mesma já tenha sido ultimada;

(b) em relação às cláusulas ilegais do EDITAL da Licitação Concorrência n. 004/2017, adotar as seguintes providências:

(b.1) restrição do requisito da capacidade técnica para vínculo com profissional da área, excluindo-se a alínea c), c.1), c.2) e c.3), do item 5.1.4;

(b.2) a ampliação do requisito da capacitação técnico-operacional, excluindo-se a limitação de “um único contrato” estabelecida na sub-alínea d.1) da alínea d), do item 5.1.4;

(b.3) a ampliação do requisito da capacitação técnico-operacional, passando a prever outras hipóteses de comprovação, como as esculpidas nas alíneas c.2) e c.3) do item 5.1.4 (passando a constar no EDITAL como alíneas d.2) e d.3)), desde que em caráter alternativo;

(b.4) a exclusão da exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante do item 5.1.4, alíneas b) e e);

(b.5) a exclusão da exigência de atestado obrigatório de visita técnica do item 5.1.4, alíneas g) e g.1);

(b.6) a exclusão da exigência de Certidão Negativa de Protesto do item 5.1.3, alínea k);

(c) em relação às cláusulas ilegais do TERMO DE REFERÊNCIA do Edital da Licitação Concorrência n. 004/2017:

(c.1) a definição clara e precisa do termo “Softwares de Gerenciamento de Iluminação Pública”, exigência estabelecida no item 12.1.2;

(c.2) a exclusão da exigência de propriedade de ferramentas, máquinas, equipamentos e veículos operacionais próprios, constante no item 12 e 12.1.1.3;

(d) a reabertura do prazo do certame com convocação de interessados pelo Diário Oficial e notificação diretamente dos adquirentes do Edital.

Em seguida, após o decurso do prazo acima estipulado, seja o destinatário requisitado para que informe a essa Promotoria de Justiça, no prazo de 15 (quinze) dias, instruindo as informações a serem prestadas com a devida prova documental, quais providências foram adotadas visando o cumprimento desta Recomendação Ministerial.

Cabe advertir que a inobservância da Recomendação Ministerial poderá ser entendida como “dolo” para fins de responsabilização por crime funcional e pela prática de ato de improbidade administrativa previsto na Lei Federal 8.429/92.

Registre-se que, em caso de não acatamento desta Recomendação Ministerial, serão adotadas as medidas legais necessárias, inclusive através do ajuizamento da ação civil pública de responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa.

Encaminhem-se cópias desta Recomendação Ministerial aos seus destinatários, garantindo-se o recebimento pessoal (em mão) da via; outrossim, encaminhe-se cópia desta Recomendação também à Secretaria Municipal de Serviços Urbanos e à Procuradoria-Geral do Município, para fins de conhecimento.

Publique-se no Diário Oficial do Estado.

Comunique-se a expedição dessa Recomendação ao CAOP-PP por meio eletrônico.

Parnamirim/RN, 31 de janeiro de 2018.

Juliana Limeira Teixeira

Promotora de Justiça

Sérgio Gouveia de Macedo - Promotor de Justiça