



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria Especializada em Análise de Defesa

PROCESSO:	2.122/2020
JURISDICIONADO:	Poder Executivo do Município de Porto Velho
SUBCATEGORIA:	Representação
ASSUNTO:	Possíveis irregularidades no pregão eletrônico n. 141/2018, que trata da contratação de serviço de nutrição e dietética, para preparo e distribuição de alimentação hospitalar de forma contínua, cf. processo administrativo n. 08.00009/2017
REPRESENTANTE:	Brasil Indústria Alimentícia Eireli, CNPJ n. 08.812.310/0001-12 Kamilla Luiza Santos Viana, sócia-administradora, CPF n. 773.795.002-87
RESPONSÁVEIS:	Guilherme Marcel Gaiotto Jaquini, superintendente Municipal de Licitações, CPF n. 010.515.880-14 Janini França Tibes, pregoeira, CPF n. 835.035.602-20 Saimon Cavalcante de Araújo, diretor DMAC/SEMUSA, CPF n. 873.809.352-91 Eliana Pasini, secretária Municipal de Saúde, CPF n. 293.315.871-04
ADVOGADO:	Carlos Eduardo Vilarins Guedes, OAB/RO n. 10.007
VALOR:	R\$ 1.978.787,48 ¹
RELATOR:	Conselheiro Francisco Carvalho da Silva

RELATÓRIO DE ANÁLISE TÉCNICA

1. INTRODUÇÃO

¹ Valor contratado, conforme termo de homologação publicado no Diário Oficial dos Municípios do Estado de Rondônia n. 2778, de 18 de agosto de 2020, p. 30/31, ID 958579 do documento n. 6.798/20, anexado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria Especializada em Análise de Defesa

Trata-se de representação levada a efeito pela empresa Brasil Indústria Alimentícia, qualificada nos autos (ID 929769), que deu conta de possíveis irregularidades no pregão eletrônico n. 141/2018, realizado pelo Poder Executivo do Município de Porto Velho, que visava a contratar serviço de nutrição e dietética, para preparo e distribuição de alimentação hospitalar de forma contínua, cf. processo administrativo n. 08.00009-000/2017.

2. HISTÓRICO

2. Em apertadíssima síntese, o representante noticiou que o licitante que se sagrou vencedor do pregão eletrônico n. 141/2018 - ao depois, contratado pelo Poder Executivo do Município de Porto Velho, na hipótese, empresa Bandolin - apresentou proposta inexecutável e atestado de capacidade técnica incompatível com o objeto do certame e sem registro no conselho competente, e, de outra parte, não apresentou alvará de funcionamento competente e válido, motivo por que requereu - inclusive em sede liminar - seja anulada a homologação/adjudicação do objeto para a precitada empresa.

3. De início, a unidade técnica opinou no sentido de que o procedimento de apuração preliminar fosse convertido em representação, na forma da Resolução n. 291/2019 e da Portaria n. 466/2019, que instituiu procedimento/critérios no que diz com a seleção de objetos de controle, e, de outra banda, remeteu o feito ao e. relator, para que decidisse sobre pedido de tutela provisória (ID 930395).

4. Selecionado o objeto de controle (a representação fora recebida) e fixado o procedimento (representação), o e. relator não determinou liminarmente a anulação de atos relativos ao pregão eletrônico n. 141/2018 e a retomada das fases de classificação/habilitação - é dizer, não houve concessão de tutela provisória na espécie -, como propugnou a representante, mas devolveu este processo à unidade técnica, para instrução.

5. Em sede de instrução, a unidade técnica concluiu, a uma, pela ilegalidade da habilitação da empresa Bandolin no pregão eletrônico n. 141/2018, praticada pela pregoeira e homologada/ratificada pelo superintendente de Licitações, porque esta empresa não teria apresentado atestado de capacidade técnica compatível integralmente com o objeto do certame, e, a duas, pelo erro de não se exigir que o atestado de capacidade técnica fosse registrado no conselho competente, na forma da Resolução n. 210/2012 do Conselho Federal de Nutricionistas, praticado pelo diretor DMAC, que elaborou o termo de referência, e pela secretária de Saúde, que aprovou o sobredito termo (ID 968759).

6. Na esteira da opinião/proposta formulada pela unidade técnica, o e. relator determinou fossem chamados os responsáveis para apresentarem razões de justificativa (ID 971957).

7. Os responsáveis, notificados, apresentaram razões de justificativa (ID 1007263, 1007263 e 1007322), exceto a secretária de Saúde, cf. certificou a Secretaria de Processamento e Julgamento (SPJ) no ID 1008892; e é sobre essas razões que a unidade técnica agora se debruça.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria Especializada em Análise de Defesa

8. Por fim, esta unidade técnica registra que, com a finalidade de dar subsídios ao e. relator para eventual aplicação de penalidade aos agentes envolvidos (art. 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB), pesquisou-se no sistema SPJ- e eventuais imputações em desfavor dos responsáveis, mas não foram localizadas imputações em desfavor deles, cf. ID 1026969.

3. ANÁLISE

9. No tocante ao registro do atestado de capacidade técnica no conselho profissional competente (CRN), o diretor DMAC, Saimon Cavalcante de Araújo, sustentou que a Lei Federal n. 8.666/93 não o exige, portanto, não seria lícito fazê-lo, e que a firme jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) preleciona que a aludida exigência restringe a competitividade do certame, e, dessarte, contraria o art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93, a exemplo do acórdão n. 43/2008-Plenário.

10. De fato, o responsável tem razão.

11. A jurisprudência do TCU consagra que constitui restrição indevida ao caráter competitivo da licitação a exigência, sob o rótulo de habilitação da licitante, de averbação de atestado de capacidade técnica em entidade de fiscalização profissional, sem que a lei estabeleça mecanismo pelo qual a referida entidade possa manter registro sobre cada trabalho desempenhado por seus filiados, de modo a verificar a fidedignidade da declaração prestada por terceiro.

12. Nesse caminho, o acórdão n. 1.452/2015-Plenário do TCU, no qual se ventilou que na esmagadora maioria das atividades/profissões regulamentadas não existe previsão normativa para o registro no conselho de fiscalização profissional da responsabilidade técnica sobre cada trabalho realizado - é dizer, a fiscalização não contempla controle do acervo de seus filiados -, motivo por que concluiu que, ao se exigir em edital que o conselho profissional autentique o atestado de capacidade técnica emitido por terceiros, cria-se uma forma de prova de fato jurídico não prevista na norma geral contida no art. 212 do Código Civil nem em lei especial que discipline o funcionamento dessas entidades e o relacionamento com seus associados.

13. Portanto, para o TCU não há cabimento em subordinar a prova do exercício de um serviço ao registro da declaração no órgão de fiscalização; não há cabimento em exigir que o médico apresente declaração registrada no CRM ou que o advogado traga declaração registrada na OAB, sublinhou o TCU.

14. Bem de se pontuar também que para o TCU não é cabível a instituição de registro dessa ordem por meio de atos sem cunho legislativo, adotados por parte dos conselhos de fiscalização, porque, para além de ilegal, o registro seria inútil, uma vez que o conselho não poderia confirmar a veracidade do seu conteúdo; é que para o TCU não teria cabimento estabelecer a obrigatoriedade de um registro que nada pudesse acrescentar ao conteúdo da declaração prestada pelo signatário, daí por que frisou a peculiaridade da atividade de engenharia, haja vista que o CREA acompanha cada prestação de serviço de engenharia e dispõe de condições de verificar se a declaração corresponde à verdade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria Especializada em Análise de Defesa

15. De resto, cumpre apontar que o TCU destacou no acórdão n. 1.452/2015-Plenário que há vários precedentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no sentido de que as normas que regulamentam o exercício da atividade de nutrição não estabelecem a obrigatoriedade de averbação de toda a atividade desenvolvida pelo profissional e pela pessoa jurídica nos respectivos Conselhos Regionais de Nutrição, cf. TC n. 37374/026/06, rel. Fúlvio Julião Biazzi, DOE de 23.11.2006.
16. À vista disso tudo, é de parecer que a ausência de exigência de registro do atestado de capacidade técnica no registro profissional competente não se revelou um erro, uma vez que, a despeito da Resolução n. 520/2012 do Conselho Federal de Nutrição, não existe lei que normatize/condicione tal exigência e o mecanismo pelo qual a referida entidade possa manter registro sobre cada trabalho desempenhado por seus filiados, de modo a verificar a fidedignidade da declaração prestada por terceiro.
17. De outro norte, no que diz respeito à qualificação técnico-operacional, os responsáveis sustentaram que os critérios de habilitação das licitantes foram definidos no termo de referência, cuja elaboração não lhes compete, bem assim que o representante não impugnou o edital correspondente, razão por que teria havido preclusão para fazê-lo agora perante este Tribunal de Contas.
18. Demais disso, os responsáveis divisaram que a licitante vencedora comprovou sua qualificação técnico-operacional no que diz com a maior parcela do objeto contratado, uma vez que a Secretaria de Saúde teria justificado que a nutrição pediátrica representa uma pequena parcela deste objeto, daí por que consideram acertada a habilitação da empresa Bandolin no pregão eletrônico n. 141/2018.
19. Pois bem.
20. É corrente e moente que se admite a inclusão, no edital de licitação, de exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional de licitantes, conquanto que limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, consoante sólida jurisprudência do TCU, consolidada na Súmula 263/2011.
21. Sem embargo, exigiu-se comprovação de capacidade técnico-operacional de licitantes no pregão eletrônico n. 141/2018, mas não se definiu as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto.
22. Em que pese não fixada previamente a parcela de maior relevância e valor significativo do objeto, os responsáveis descortinaram que a licitante vencedora apresentou atestados de capacidade técnico-operacional que abrangeriam sim a parcela de maior relevância e valor significativo do objeto licitado.
23. Com efeito, da leitura do termo de referência, detecta-se que a licitante vencedora deixou de comprovar experiência apenas no que tange à dieta especial (dieta enteral e fórmula láctea), que, embora relevante, não representa a parcela de valor mais significativo do objeto; ao revés, a parcela relativa à dieta especial é exponencialmente menor, cf. precificação, termo de referência, ID 958567, p. 160 e segs.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria Especializada em Análise de Defesa

24. De mais a mais, a unidade técnica teria pontuado que a licitante vencedora apresentou dois atestados de capacidade técnico-operacional, um dos quais relativo ao fornecimento de alimentação prisional, motivo por que reputou que não seria razoável aceitá-lo por conta das peculiaridades relativas à alimentação hospitalar.

25. Nada obstante, como pontuou a própria unidade técnica de início, o TCU tem precedentes no sentido de que a compatibilidade entre os serviços anteriores e o serviço licitado deve ser entendida como condição de similaridade e não de igualdade, salvo se houver justificativa bastante para que se exija identidade - como no caso de complexidade técnica acentuada ou domínio inabitual no mercado -, o que não se aventou no caso concreto.

26. Portanto, dessume-se que andaram bem os responsáveis por permitirem a comprovação de atividade pertinente e compatível sob o recorte da qualificação técnica - em outras palavras, serviços com características semelhantes -, a teor do art. 30, II, da Lei Federal n. 8666/93 e da súmula n. 263/2011 do TCU.

27. Para além do debate travado nos autos, importa trazer à baila que para o TCU, nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais, a exemplo dos acórdãos ns. 1.443/2014-Plenário, 744/2015-2ª Câmara, 553/2016-Plenário.

28. Da leitura do edital do pregão eletrônico n. 141/2018, extrai-se que o objeto contratado previa dedicação de mão de obra exclusiva, cf. anexo I-B, ID 958567, p. 37, mas não se exigiu comprovação de experiência anterior sobre este ponto crítico.

29. Nada obstante, cumpre apontar que o representante, a unidade técnica e os responsáveis não trouxeram a lume indícios de execução contratual insatisfatória ou de inexecução, tampouco se identificou na imprensa notícia nesse sentido; logo, não se identifica por ora prejuízo no caso concreto, que daria azo à nova discussão sobre a matéria, com a reabertura de contraditório/ampla defesa.

30. De todo modo, cumpre recomendar aos responsáveis que, nas próximas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, sejam exigidos atestados de capacidade técnica que comprovem a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais, na esteira da firme jurisprudência do TCU.

31. De resto, cumpre recomendar também que os responsáveis promovam efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais/legais da prestadora de serviço como empregadora, fazendo-se prova nos autos, para que não configure a responsabilidade subsidiária do ente público, caracterizada na hipótese de culpa *in vigilando*, a teor do item V da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

4. CONCLUSÃO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Secretaria Geral de Controle Externo- SGCE
Coordenadoria Especializada em Análise de Defesa

32. Pelo quanto exposto, à luz de todos os dados/informações carreados aos autos, conclui-se pelo acolhimento das razões de justificativas, que foram aproveitadas para que também se afastasse a responsabilidade da secretaria de Saúde, mesmo não tendo apresentado defesa, cf. item 3 deste relatório.

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

33. À vista disso tudo, a unidade técnica opina:

34. a) pelo conhecimento da representação formulada pela empresa Brasil Indústria Alimentícia, e, no mérito, pela improcedência, porque as irregularidades por ela descortinadas não se confirmaram nesta fase processual, cf. item 3 deste relatório;

35. b) seja recomendado aos responsáveis que, nas próximas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, sejam exigidos atestados de capacidade técnica que comprovem a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais, na esteira da firme jurisprudência do TCU;

36. c) seja também recomendado aos responsáveis que promovam efetiva fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais/legais da prestadora de serviço como empregadora, fazendo-se prova nos autos, para que não configure a responsabilidade subsidiária do ente público, caracterizada na hipótese de culpa *in vigilando*, a teor do item V da súmula 331 do TST;

37. d) pela notificação do representante e dos responsáveis, para que conheçam do desfecho deste processo; e

38. e) por fim, pelo arquivamento dos autos.

Porto Velho, 29 de abril de 2021.

Sharon Eugênie Gagliardi
Auditora de Controle Externo
Matrícula n. 300

SUPERVISIONADO:
Wesler Andres Pereira Neves
Auditor de Controle Externo – Matrícula 492
Coordenador – Portaria 447/2020

Em, 30 de Abril de 2021



WESLER ANDRES PEREIRA NEVES
Mat. 492
COORDENADOR

Em, 30 de Abril de 2021



SHARON EUGÊNIE GAGLIARDI
Mat. 300
AUDITOR DE CONTROLE EXTERNO