[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/aplica%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520subsidi%25C3%25A1ria%2520da%2520lei%25208.666%252F93%2520na%2520lei%2520lei%2520das%2520estatais/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520?uuid=3f9494f0-d04e-11ea-abd6-d1095c6b3383](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/" \l "/documento/acordao-completo/aplica%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520subsidi%25C3%25A1ria%2520da%2520lei%25208.666%252F93%2520na%2520lei%2520lei%2520das%2520estatais/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520?uuid=3f9494f0-d04e-11ea-abd6-d1095c6b3383)

**Número do Acórdão**

[ACÓRDÃO 5781/2020 - PRIMEIRA CÂMARA](https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=703151)

**Relator**

VITAL DO RÊGO

**Processo**

[008.979/2019-7](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProcesso?num=00897920197)

**Tipo de processo**

REPRESENTAÇÃO (REPR)

**Data da sessão**

19/05/2020

**Número da ata**

[15/2020 - Primeira Câmara](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#//documento/ata-sessao/*/NUMEROATA%3A15%20ANOATA%3A2020%20COLEGIADO%3A%221%C2%AA%20C%C3%A2mara%22/DTRELEVANCIA%20desc/0/%20)

**Interessado / Responsável / Recorrente**

3. Recorrente: Banco do Brasil S.A. (00.000.000/0001-91).

**Entidade**

Banco do Brasil S.A.

**Representante do Ministério Público**

Não atuou.

**Unidade Técnica**

Secretaria de Recursos (Serur).

**Representante Legal**

Mário Renato Balardim Borges (OAB/RS 50.627) e outros, representando Banco do Brasil S.A.

**Assunto**

Pedido de reexame interposto contra acórdão que deu ciência ao recorrente em processo de representação sobre possíveis irregularidades em licitação para registro de preços promovida com o objetivo de eventuais e futuras contratações de serviços de engenharia para a realização de instalação e/ou modernização de sistemas de climatização predial, entre outros serviços.

**Sumário**

PEDIDO DE REEXAME EM REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. REGISTRO DE PREÇOS PARA FUTURAS CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA. CIÊNCIA DA IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA, DURANTE A FASE DE HABILITAÇÃO DO CERTAME, DE APRESENTAÇÃO DE VISTO JUNTO AO CREA DA UNIDADE DA FEDERAÇÃO ONDE OS SERVIÇOS SERÃO PRESTADOS. RESTRIÇÃO INDEVIDA DA COMPETITIVIDADE. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL.

**Acórdão**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto contra o Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992, conhecer do presente pedido de reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial de forma a conferir a seguinte redação ao subitem 1.6 do Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara:

*"1.6. dar ciência ao Banco do Brasil S.A., para que sejam adotadas medidas internas com vistas a evitar ocorrências semelhantes, de que a exigência, para fins de habilitação, de que a licitante comprove possuir inscrição ou visto no Conselho Regional Profissional da Unidade Federativa em que será executado o objeto, identificada na Licitação eletrônica 2019/00609, afronta o disposto nos arts. 37, inciso XXI, e 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal c/c o art. 58 da*Lei*13.303/2016;"*

9.2. encaminhar cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam, ao Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea) ;

9.3. dar ciência deste acórdão ao recorrente e à representante.

**Quórum**

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Benjamin Zymler, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).  
13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

**Relatório**

Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Banco do Brasil S.A (BB) contra o Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara (peça 115) , por meio do qual o Tribunal conheceu de uma representação de licitante cujo certame tratava de registro de preços para futuras contratações de serviços de engenharia para a realização de instalação e/ou modernização de sistemas de climatização predial em dependências e imóveis de interesse do BB, com fornecimento de material e mão-de-obra.

No mérito, o TCU considerou a representação parcialmente procedente e cientificou o Banco do Brasil da necessidade de adotar medidas para evitar a reincidência de exigir, nos futuros certames licitatórios, prova de inscrição ou visto de execução de obras/Serviços no Conselho Regional Profissional da (s) unidade (s) federativa (s) em que será executado o objeto do edital na fase de habilitação do certame, em desacordo com o disposto na jurisprudência firmada pelo Tribunal.

Adoto como relatório a instrução elaborada pela auditora da Secretaria de Recursos (Serur) acostada à peça 28, sucedida por pronunciamentos do diretor e do secretário (peças 29 e 30) :

**INTRODUÇÃO**

1. Trata-se de pedido de reexame interposto pelo Banco do Brasil S.A. (peças 17-19) contra o Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara (peça 9) , de relatoria do Ministro Bruno Dantas, com o seguinte teor:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, arts. 143, inciso III; 235 c/c o art. 237, VII e parágrafo único, todos do Regimento Interno/TCU, em conhecer da presente representação, por preencher os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, e em dar ciência deste acórdão à unidade jurisdicionada e ao representante, juntamente com a instrução (peça 7) , sem prejuízo da medida a seguir, de acordo com os pareceres emitidos nos autos.

1. Processo TC-008.979/2019-7 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Órgão/Entidade: Banco do Brasil S.A.

1.2. Relator: Ministro Bruno Dantas

1.3. Representante do Ministério Público: não atuou

1.4. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog) . 1.5. Representação legal: não há.

1.6. dar ciência ao Banco do Brasil S.A., com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada na Licitação Eletrônico 2019/00609 (7421) , para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes: exigência de prova de inscrição ou visto de execução de obras/Serviços no Conselho Regional Profissional da (s) unidade (s) federativa (s) em que será executado o objeto do edital na fase de habilitação do certame, em desacordo com o disposto na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos 348/1999-TCU-Plenário, 2.239/2012-TCU-Plenário, 10.362/2017-TCU-2a Câmara e 1.020/2019-TCU-Plenário) .

**HISTÓRICO**

2. Trata-se de Representação impetrada pela licitante Peçafrio Sistemas Térmicos Ltda. - EPP, participante da Licitação Eletrônica 2019/00609. O procedimento licitatório tratou de registro de preços para eventuais e futuras contratações de serviços de engenharia para a realização de instalação e/ou modernização de sistemas de climatização predial em dependências e imóveis de interesse do Banco, localizados nos estados de Alagoas, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte, divididos em oito lotes, com fornecimento de material e mão-de-obra (peça 1, p. 566) . O valor global da licitação foi estimado em R$ 121.829.234,39 (peça 3, p. 3-6) , com vigência de 24 meses.

3. Em essência, a representante alegou as potenciais irregularidades a seguir listadas (peça 1, p. 688-698) :

a) ausência de critérios técnicos e razoáveis quanto ao estabelecimento dos prazos de obra de serviço (item 2.5.6 do edital) e de entrega de equipamentos de ar condicionado (item 2.5.7 do edital) , denotando desconhecimento dos prazos de entrega pelos fabricantes de ar-condicionado e distribuidores;

b) existência de vários preços de equipamentos de ar-condicionado defasados dos preços de mercado constantes da planilha do anexo orçamento sintético, inviabilizando seu fornecimento já de plano, antes mesmo de iniciar a contratação, que poderá chegar a 24 meses. Afirma que é preciso estar atento ao estabelecimento destes preços pelo Banco, realizando pesquisas e diligências atualizadas junto aos fabricantes e distribuidores de ar-condicionado, computar todas as variáveis que, obrigatoriamente, deverão ser somadas ao preço do fabricante ou distribuidor, como a substituição tributária, que tem peso significativo na composição dos preços, impostos federais, margem de lucro e outros;

c) ausência de critérios técnicos razoáveis, proporcionais e específicos para definição da estimativa de cada lote, pois a ata de registro de preços é mera estimativa e se essa estimativa não estiver robustamente fundamentada dentro da realidade de cada lote, corre-se o risco do cometimento de erro gravíssimo ao excluir do certame um número significativo de licitantes, em razão da exigência de patrimônio líquido de no mínimo 10% do valor estimado para o lote para habilitação econômico-financeira, agredindo frontalmente os princípios de isonomia, criando uma reserva de mercado e frustrando o caráter competitivo da licitação (item 8.3.10 do edital) ; e

d) ausência de razoabilidade e coerência quando especifica a não remuneração de administração de obra local para determinado montante de valor, mas, em contrapartida, exige o responsável técnico para essa mesma obra (item 2.5.4 do edital) .

4. As irregularidades suscitadas igualmente fundamentaram o requerimento de impugnação ao edital perante o Banco do Brasil S.A. (peça 1, p. 688-725) . No entanto, os argumentos foram analisados e indeferidos pelo Banco, nos termos da análise acostada à peça 1, p. 726-728.

5. No âmbito desta Corte de Contas, foi realizada a análise do edital e seus anexos (peça 1, p. 2-673) , da errata e dos esclarecimentos do edital (peça 1, p. 674-687) , sua impugnação (peça 1, p. 688-725) e análise do Banco pelo indeferimento (peça 1, p. 726-728) . Diante dos elementos presentes nos autos, concluiu-se que as alegações da representante não configuraram irregularidades ao certame.

6. Entretanto, no decurso da análise, verificou-se que foi incluída no edital cláusula exigindo dos licitantes inscrição ou visto de execução de obras/serviços no Conselho Regional Profissional da Unidade Federativa em que será executado o objeto do edital. Este Tribunal possui entendimento jurisprudencial de que tal exigência configura restrição ao caráter competitivo do certame, além de gerar custos desnecessários na fase de licitação, tendo em conta que o registro ou visto no Conselho do local de realização da obra licitada somente deve ocorrer no momento da contratação.

7. Posto isso, o processo foi apreciado por meio do Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara (peça 9) , na forma transcrita no item Introdução.

8. Neste momento, o Banco do Brasil interpõe pedido de reexame (peças 17-19) , o qual se passa a analisar.

**ADMISSIBILIDADE**

9. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 20) , ratificado pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator Vital do Rêgo (peça 23) , que concluiu pelo conhecimento do recurso, suspendendo-se os efeitos do *caput* e do item 1.6 do Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara.

**MÉRITO**

**10. Delimitação**

10.1. Constitui objeto do recurso analisar se:

a) houve perda do interesse público, comprometendo a admissibilidade da Representação (peça 17, p. 4-5) ;

b) é regular a exigência de registro no Crea local como critério de habilitação nos processos licitatórios (peça 17, p. 5-28) ;

**11. Da análise da potencial inexistência de interesse público**

11.1. O recorrente alega que, considerando que a instrução que apreciou o mérito destes autos afastou as alegadas irregularidades suscitadas pela representante, bem como reconheceu que houve ampla competição no certame, restou configurada, portanto, a ausência de interesse público envolvido, motivo pelo qual não deve ser admitida a presente representação, ante a não configuração do requisito constante do art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014 (peça 17, p. 4-5) .

**Análise**

11.2. Não assiste razão ao recorrente. Segundo preceitua o art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, o exame de admissibilidade abordará, entre outros aspectos, a suficiência dos indícios e a existência de interesse público no trato da suposta ilegalidade apontada. Tais pré-requisitos restaram devidamente caracterizados, conforme instrução da Unidade Técnica do TCU à peça 7. Na oportunidade, verificou-se a existência de indícios de restrição indevida da competição, além de risco de inexecução ou execução insatisfatória do contrato, em função de prazos inexequíveis e de preços defasados, configurando, portanto, o interesse público.

11.3. Uma vez admitida a Representação no âmbito desta Corte de Contas, resta estabelecida a competência do Tribunal para análise da matéria, tornando-se atribuição irrenunciável, ante ao dever de tutela do interesse público. Mesmo que potencialmente ocorra a desistência do pleito formulado ao TCU pelo representante, tal fato não tem força para determinar o encerramento do processo instaurado, ante os princípios do impulso oficial, da verdade material e da indisponibilidade do interesse público (Acórdãos 6.873/2018-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes; 1.620/2017-TCU-2ª Câmara, relatora Ministra Ana Arraes; 283/2014-TCU-1ª Câmara, relator Ministro José Múcio Monteiro)

11.4. A verificação da veracidade dos indícios ofertados cabe à posterior análise de mérito, a qual não se limita apenas às demandas trazidas pelo representante. A atuação do TCU não está adstrita às questões suscitadas por quem o provocou. O Tribunal, com base no princípio do impulso oficial, pode, por iniciativa própria, circunscrito às suas competências, ampliar o escopo de investigação dos fatos trazidos ao seu conhecimento. A preservação do interesse público exige a análise ampla dos atos de gestão e suas consequências, não se restringindo apenas às questões trazidas pelo representante. Portanto, instaurado o processo a partir da provocação inicial, o próprio TCU toma o curso das apurações (Acórdãos 1.660/2019-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Walton Alencar; 246/2017-TCU-Plenário, relatora Ministra Ana Arraes; 2.278/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Weder de Oliveira) .

11.5. Posto isso, conclui-se que a preliminar suscitada não merece prosperar.

**12. Da análise da legalidade e pertinência da exigência de registro no Crea como critério de habilitação no certame**

12.1. O recorrente alega que, partindo-se da premissa legal e constitucional de impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 a¿ Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) , verifica-se que esta última legislação não veda a aplicação das exigências da Lei 5.194/1966, tampouco das resoluções do Confea previstas no subitem 8.3.8 do Edital de Licitação Eletrônica 2019/00518. Assim, defende que seria legítima a exigência de registro prévio no Crea da localidade, não contrariando a legislação em vigência. Sua tese tem por base os seguintes argumentos:

a) conforme instrução à peça 7, as irregularidades suscitadas pela representante foram afastadas pela Unidade Técnica do TCU. Não obstante, ao analisar outros documentos do certame, foi apontada a ocorrência de irregularidade relativa à cláusula potencialmente restritiva da competição (peça 17, p. 5-7) ;

b) a área técnica do TCU menciona o advento da Lei 13.303/2016 (que regula o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias) , que passou a disciplinar, também, as licitações e contratações dessas empresas, fazendo a ressalva de não afastamento da Lei 8.666/1993 naquilo que seja omissa ou não previsto no regulamento de licitações e contratos da empresa, o que não se sustenta jurídica e legalmente, considerando que somente dois dispositivos da Lei 13.303/2016 estabeleceram aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 às sociedades de economia mista, como e¿ o caso do recorrente, e especificamente e tão somente em relação ao § 2º do art. 3º e aos arts. 88 e 89 (peça 17, p. 7-8) ;

c) excerto da doutrina (GUIMARA¿ES, Edgar; SANTOS, Jose¿ Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei no 13.303/2016) confirma tal interpretação (peça 17, p. 8) ;

d) reforça esse entendimento a motivação descrita para rejeitar o Projeto 559, de 2013 (que visa a substituição da Lei 8.666/1993) a previsão de aplicação subsidiária da nova lei pretendida a¿ Lei 13.303/2016, conforme se verifica nos fundamentos apostos na Emenda 96, acolhida no Relatório Legislativo de 9/11/2016, que declara, em suma, que: "a Lei 13.303/2016 decorre do art. 173, §1º, III, da CF. A Lei 8666/1993, por sua vez, decorre do art. 37, XXI, da CF. Nesse modo, seriam regimes incompatíveis, conforme expressamente reconhecido pelo art. 22, inciso XXVII, da CF." (peça 17, p. 8-9) ;

e) em face do caráter flexível, não taxativo, que não se pode, aliás, confundir-se com omissão da Lei 13.303/2016, não se pode conceber, como regra interpretativa impositiva, a subsidiariedade da Lei 8.666/1993 (ou qualquer outra norma licitatória) , isso porque se, por um lado, o legislador, quando julgou apropriada a aplicação de determinadas regras previstas em outros regulamentos, fê-las constar expressamente na Lei 13.303/2016, do que se deduz, por consequência lógica, que teria afastado "qualquer outro preceito normativo, quando não disposto de forma clara (peça 17, p. 9) ;

f) não bastasse o fundamento da distinção decorrer de preceito constitucional em que, reconhecendo a Lei Magna as finalidades institucionais da administração pública e das empresas estatais, não olvidou de exigir um estatuto próprio para estas últimas, distinto daquele que regulasse as contratações da administração pública direta, fundacional e autárquica (peça 17, p. 9) ;

g) o Estatuo das Estatais não elegeu de forma ampla a Lei 8.666/1993 como sendo sua fonte natural subsidiária. Ao revés, quando entendeu necessária a¿ sua encampação, o fez expressamente. Isso porque, ao atender o preceito constitucional de regulamentar a atividade das estatais, no que tange aos contratos, a Lei 13.303/2016, em seu art. 68, elegeu as normas de direito privado como supletivas (peça 17, p. 9) ;

h) o entendimento sustentado pela Selog e acolhido pelo acórdão ora recorrido no sentido de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 às licitações e contratações das empresas estatais viola o arts. 22, inciso XXVII e 173, §1º, III, ambos da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual não pode prosperar, requerendo-se, desde já, a sua reforma de modo a declarar que não se aplica subsidiariamente a Lei 8.666/1993 às eventuais lacunas da Lei 13.303/2016, exceto nas hipóteses nela expressamente previstas (como e¿ o caso das hipóteses já¿ previstas nos arts. 41 e 55, III, da Lei 13.303/2016) (peça 17, p. 9-10) ;

i) o Tribunal entendeu, em casos semelhantes, que a referida exigência editali¿cia estaria em desacordo com o princípio da isonomia disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, no art. 31 da Lei 13.303/2016 e na Súmula 272 do TCU, o que poderia restringir indevidamente a participação de licitantes em novos certames. Conforme entendimento do TCU nos acórdãos que sustentam a jurisprudência, a exigência de visto do Crea constante do subitem 8.3.8 do Edital da Licitação Eletrônica em análise, como critério de habilitação, afrontaria o disposto no artigo 58 da Lei 13.303/2016 c/c art. 28 da Lei 8.666/1993, bem como com o art. 1º, II, da Resolução Confea 413/1997 e a jurisprudência do TCU (peça 17, p. 10) ;

j) a exigência no edital originou-se do que dispõem os arts. 58 e 69 da Lei 5.194/1966, bem como das Resoluções Confea 413, de 27/6/1997, e 1007, de 5/12/2003 (peça 17, p. 11-12) ;

k) o TCU reconhece a existência de exigência legal de visto, discordando apenas quanto ao momento em que deveria ser exigido no âmbito da licitação. No entanto, logo em seguida, a área técnica, alega possível restrição de competitividade e oneração excessiva para empresas participarem do certame. Tal linha de pensamento não leva em consideração o escopo do art. 58, I, da Lei 13.303/2016 e desconsidera ainda que, nas contratações, as empresas estatais devem primar pela eficiência, não só no ato preparatório da licitação, mas assegurar também a eficiência no momento da contratação e execução da obra ou serviço licitado. Assim, o próprio legislador permitiu que o edital do certame exija, já na fase de licitação, pré-contratual, a apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte dos licitantes. No presente caso, a inscrição no CREA jurisdicionante e¿ requisito para que a empresa possa executar a obra ou serviço objeto do certame, tratando-se de condição necessária para a própria contratação do interessado (peça 17, p. 12-13) ;

l) o art. 69 da Lei 5.194/1966 guarda relação com o art. 58 do mesmo diploma legal ao impor que a admissão nas concorrências públicas para obras e serviços técnicos (bem como para concurso de projetos) de profissionais e pessoas jurídicas esta¿ condicionada a¿ comprovação de quitação de eventual débito ou a¿ apresentação de visto do Crea da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado. As Resoluções Confea 413, de 27/6/1997, e 1007, de 5/12/2003, também regulamentam o art. 58 da Lei 5.194/1966. Portanto, e¿ no momento da habilitação que se deve atestar que o interessado possui a capacidade jurídica para adquirir direitos e contrair obrigações (peça 17, p. 13) ;

m) decisão proferida pelo TRF da 3ª Região, no âmbito do Agravo de Instrumento 5011886-22.2019.4.03.0000, confirma a tese defendida pela recorrente (peça 17, p. 14-15) ;

n) acerca da fundamentação no sentido de o dispositivo editali¿cio estar em desacordo com a jurisprudência do TCU, citando, para tanto, o Acórdão 1.020/2019-TCU-Plena¿rio, que envolveu o próprio Banco do Brasil, ao analisar pormenorizadamente o teor dessa decisão, verifica-se que este acórdão menciona afronta ao disposto na jurisprudência firmada pelo TCU, a saber: Acórdão 2.239/2012-TCU-Plena¿rio, Acórdão 348/1999-TCU-Plena¿rio, sendo certo que nenhum dos dois acórdão envolvia ente da administração indireta regido sob a Lei 13.303/2016 e que atua no mercado em regime de concorrência (peça 17, p. 16) ;

o) cabe, assim, ressaltar o preceito do art. 27 da Lei 13.303/2016, que esclarece que a realização do interesse coletivo, do qual e¿ consectário o princípio da eficiência, e¿ orientado pelo pleno alcance dos fins estatutários da sociedade de economia mista, razão pela qual o Edital pode prever desde a fase de habilitação que o licitante comprove estar apto para executar o serviço licitado imediatamente após o certame (peça 17, p. 16) ;

p) a exigência editali¿cia inserta no item 8.3.8, mostra-se razoável e proporcional, na medida que afasta a participação de empresas que se lançam em aventura concorrencial, atraindo aquelas que efetivamente terão condições de executar o objeto licitado, concomitantemente propicia a¿ empresa estatal maior desembaraço e agilidade na contratação, evitando atraso e delongas decorrentes do ulterior atendimento ao requisito de execução da obra (peça 17, p. 16) ;

q) a exigência contida no item 8.3.8, não restringe a concorrência, ao revés, pois qualquer concorrente pode requerer o visto previamente a¿ fase de habilitação ao órgão da jurisdição pretendida, ao tempo que, sob a ótica da eficiência, proporciona que a administração possa escolher a melhor proposta e segurança da execução tempestiva da obra licitada (peça 17, p. 16) ;

r) a Lei 8.666/1993 não veda a exigência constante do subitem 8.3.8 do edital da Licitação Eletrônica 2019/00518, decorrente da Lei 5.194/1966, mas, pelo contrário, expressamente autoriza exigências previstas em legislação especial, conforme comando do art. 30, inciso IV da Lei de Licitações (peça 17, p. 17) ;

s) a jurisprudência citada pela área técnica do Tribunal, ainda que recente, foi produzida sob a ótica da Lei 8.666/1993, ou seja, não condiz com a nova ótica trazida pela Lei 13.303/2016, que sequer possibilita sua aplicação subsidiária, motivo pelo qual a referida jurisprudência não e¿ adequada para motivar a análise técnica nem tampouco a decisão dessa Corte de Contas sobre o caso concreto (peça 17, p. 17) ;

t) verifica-se que a exigência editali¿cia contida no item 8.3.8, não restringiu a competição, que teve ampla concorrência. Compulsando os autos (peça 06 - citada pela área técnica) , verifica-se que houve três desclassificações, a saber: uma no lote 1 e duas no lote 7, num universo de dezessete concorrentes (treze no lote 1 e quatro no lote 7) . Nos demais lotes, nenhum concorrente restou desclassificado em razão da exigência do item 8.3.8. Da mesma forma, o quantitativo de licitantes que atendeu ao certame demonstra que a exigência de visto no CREA jurisdicionante não onera excessivamente as empresas que desejam concorrer, sendo exigência legal e razoável aos fins almejados pela administração (peça 17, p. 17) ;

u) a 2ª Câmara do TCU, em sede recursal (Acórdão 6.047/2015) , reverteu o entendimento de que a apresentação de licenças ambientais somente seria exigível do vencedor da licitação, ou seja, após a adjudicação do objeto (Acórdão 1.692/2013) , passando a admiti-la para todos os licitantes como condição de participação no certame. Na ótica do Ministro Relator do Acórdão 6.047/2015, a exigência posta no edital não teria ferido "o caráter competitivo do certame, uma vez que teve por objetivo garantir o cumprimento da obrigação, ou seja, dar certeza a¿ Administração de que o serviço seria executado". Em paralelo, cita excerto de livro de Marçal Justen Filho, comentando a decisão, mencionando que "[...] a disciplina pertinente a¿ regularidade ambiental torna impossível que o sujeito obtenha o licenciamento no período entre a assinatura do contrato e o início de sua execução." Nesse contexto, mostra-se a analogia das situações, pois, para que o licitante possa efetivamente executar o objeto, imprescindível que apresente o visto do Crea, na forma prevista no art. 58 da Lei 5.194/1966 (peça 17, p. 18-19) ;

v) mesmo que se reconheça que seriam aplicáveis os arts. 28 e 30 da Lei 8.666/1993, isso não significa dizer que esses dispositivos legais vedariam a exigência constante do subitem 8.3.8 do Edital da Licitação e/ou somente a permitiriam desde que no momento da contratação, visto que o registro/visto seria uma obrigação legal da empresa, sob pena de não poder realizar as atividades reguladas pelo Conselho Profissional (peça 17, p. 19) ;

w) portanto, ainda que não previsto no referido rol da Lei de Licitações, respeitando-se as demais normas do ordenamento jurídico, a exemplo da Lei 5.194/1966, mostra-se indispensável que a pessoa física ou empresa que venha a participar de certames que objetivam contratação de serviços de engenharia possuam, desde sempre, o seu devido registro no Crea, sendo dever da Administração verificar o cumprimento de exigências legais da espécie, inclusive aquelas que não constam da Lei 8.666/1993 (peça 17, p. 20) ;

x) não se pode desconsiderar outras exigências previstas em leis especiais, sendo que a própria Lei 8.666/1993, em seu *caput*, incluiu a expressão "conforme o caso", sinalizando a possibilidade de abarcar situações previstas em leis especiais. Se o legislador tivesse a intenção de limitar os documentos do art. 28, o teria realizado de forma expressa, como o fez no caput do art. 27 ao se utilizar do termo "exclusivamente" (peça 17, p. 20-21) ;

y) o art. 30 que, categoricamente, prevê no inciso I e IV a possibilidade de fazer exigências da espécie, sem determinar o momento que tais exigências seriam devidas, não podendo o intérprete avançar desmesuradamente e inovar com a estipulação de condições não previstas na lei, o que invadiria seara de competência do Poder Legislativo (peça 17, p. 21) ;

z) o caso concreto revela hipótese em que a exigência de visto do Crea na fase de habilitação não ensejou restrição a¿ participação, tendo em vista a quantidade de licitantes por lotes (peça 17, p. 21) ;

aa) o recorrente passou a realizar suas compras e contratações sob a égide da Lei 13.303/2016, promulgada com fulcro no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, considerando também as leis especiais atinentes à matéria (peça 17, p. 22-23) ;

bb) a Lei 13.303/2016 privilegiou a autonomia das vontades e a bilateralidade das relações, legando ao regulamento interno das empresas estatais as balizas de suas licitações e contratações com terceiros, especialmente quanto a matérias não expressamente disciplinadas na lei (peça 17, p. 24) ;

cc) não restou demonstrado que a mera exigência de inscrição ou visto de execução de obras/serviços junto ao Crea influi negativamente no processo licitatório. A exigência não acarretou qualquer restrição a¿ participação, muito pelo contrário, houve ampla participação de empresas de diversas localidades e para diversos estados da federação (peça 17, p. 26) .

12.2. Ato contínuo, anexa aos autos os seguintes documentos:

a) planilha de classificação do certame (peça 18) ;

b) relação de processo com atrasos na emissão do visto do Crea (peça 19) .

**Análise**

12.3. Não assiste razão ao recorrente. O Banco defende, primordialmente, que a exigência de visto no Crea local advém do mandamento legal insculpido no art. 69 da Lei 5.194/1966, a seguir transcrito:

Art. 69. Só poderão ser admitidos nas concorrências públicas para obras ou serviços técnicos e para concursos de projetos, profissionais e pessoas jurídicas que apresentarem prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado.

12.4. No entanto, tem-se que o dispositivo mencionado foi tacitamente revogado pela edição do Decreto-Lei 200/1967 e, posteriormente, do Decreto-Lei 2.300/1986 e da Lei 8.666/1993.

12.5. Esse entendimento foi demonstrado na deliberação proferida pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 11937/CE, Relator Américo Luz, DJ 25/11/1991, bem como na decisão monocrática prolatada no âmbito do REsp 1587643, Relator Og Fernandes, publicada em 13/4/2018. Conforme explanação presente no voto condutor do Relator Américo Luz, do Superior Tribunal de Justiça:

(...) o art. 69, da Lei nº 5.194/66, já fora banido do nosso ordenamento juri¿dico-administrativo por força do art. 131 do Decreto-lei nº 200/67, que restringia a documentação para a habilitação às licitações apenas àquela relativa a¿ personalidade jurídica, a¿ capacidade técnica e a¿ idoneidade financeira dos interessados, enquanto que a exigência do questionado art. 69 apenas transforma o agente administrativo em fiscal do recolhimento das anuidades, emolumentos e taxas devidos aos CREAs, sem que a exigência nele prevista tenha qualquer relevância para a aferição daqueles requisitos (...) .

12.6. De fato, em linha com o teor da decisão reproduzida anteriormente, verifica-se que o Decreto-Lei 200/1967, ao regulamentar sobre a organização da Administração Federal, limitou claramente o rol documental que se poderia exigir nos processos licitatórios, ao dispôs que:

Art. 131. Na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa: (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981) (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

I - À personalidade jurídica. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981) (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

II - À capacidade técnica. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981) (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986)

III - À idoneidade financeira. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 1981) (Revogado pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986) (grifos nossos)

12.7. Os normativos legais subsequentes mantiveram essa mesma diretriz, ao determinar que a Administração Pública, direta e indireta, poderia exigir dos licitantes, para fins de habilitação, tão somente documentos relativos à capacidade jurídica, à capacidade técnica, à idoneidade financeira e à regularidade fiscal. Nesse sentido, foi editada a Lei 6.946/1981 e, posteriormente, o Decreto-Lei 2.300/1986, primeiro estatuto geral de licitações e contratos da Administração Federal, que igualmente preservou tais critérios, ao estabelecer que:

Art. 25. Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:

I - capacidade jurídica;

II - capacidade técnica;

III - idoneidade financeira;

IV - regularidade fiscal. (grifos nossos)

12.8. A Lei 8.666/1993, estatuto geral de licitações e contratos de toda a Administração Pública, seguiu em linha com os normativos anteriores, determinando a exigência de comprovação exclusivamente quanto à qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista do licitante, além da comprovação quanto ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII, art. 7º, da Constituição Federal.

12.9. Assim, conforme o art. 28 da Lei de Licitações, tornaram-se necessários os seguintes documentos para comprovação da habilitação jurídica:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

12.10. Portanto, verifica-se que o legislador, ao longo do tempo, nos diversos normativos editados sobre o tema, sempre manteve o enfoque na comprovação da personalidade e capacidade jurídica do licitante necessária a garantir o cumprimento das obrigações do objeto licitado.

12.11. Dito isso, cabe pontuar que o art. 69 da Lei 5.194/1966 restou revogado, à luz do que determinava o Decreto-Lei 4.657/1942 - Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - vigente à época das normas legais citadas. Conforme seu art. 2º, § 1º, a lei posterior revoga a anterior, quando aquela regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Tal situação ocorreu nos casos do Decreto-Lei 2.300/1986 e da Lei 8.666/1993, estatutos gerais de licitações e contratos, que revogaram toda a legislação anterior referente ao tema, incluindo, portanto, o art. 69 da Lei 5.194/1966, que, em essência, determinava regra para participação de empresas em concorrências públicas.

12.12. Adicionalmente, deve-se salientar que a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência (art. 2º, § 3º do Decreto-Lei 4.657/1942) . Assim, considerando que os mencionados estatutos gerais de licitações e contratos estabeleceram as normas para a Administração Pública Direta e Indireta, não há que se falar em aplicação do citado artigo nos atuais procedimentos licitatórios, tendo em vista que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio o princípio da comoriência.

12.13. Portanto, considerando que, à luz do Decreto-Lei 2.300/1986 e, posteriormente, da Lei 8.666/1993, restou vedada a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como requisito de habilitação jurídica a certame licitatório promovido por empresas públicas e sociedades de economia mista, não há que se falar que, com o advento da Lei 13.303/2016, tal normativo foi ressuscitado, podendo ser aplicado como critério legítimo de habilitação em licitações.

12.14. Ademais, mediante exame textual da Lei 5.194/1966, observa-se que a exigência do art. 69 encontra-se no Capítulo III, que trata "Das anuidades, emolumentos e taxas". Sua natureza eminentemente arrecadatória resta, portanto, clara. Tal característica pode ser confirmada em outro dispositivo desse mesmo capítulo, a seguir transcrito:

Art. 65. Tôda vez que o profissional diplomado apresentar a um Conselho Regional sua carteira para o competente "visto" e registro, deverá fazer, prova de ter pago a sua anuidade na Região de origem ou naquela onde passar a residir. (grifos nossos)

12.15. Conclui-se, dessa forma, que o visto do Crea não se correlaciona com a documentação relativa à personalidade ou capacidade jurídica, tratando-se de mero instrumento de controle de arrecadação dos Conselhos Profissionais. Deve-se ressaltar que não cabe à Administração Pública, direta ou indireta, ser patrocinadora da arrecadação desnecessária de taxas de registro dos Conselhos Profissionais, exigindo de empresas que não prestarão os serviços, quais sejam, todas as empresas participantes que não venceram a licitação, a arrecadação de taxas que somente serão devidas pela empresa que efetivamente prestar os serviços.

12.16. Portanto, em suma e à luz das manifestações desta Corte de Contas em situações análogas anteriores, tem-se que o art. 69 da Lei 5.194/1966 não mais se encontra vigente no ordenamento jurídico pátrio, visto que tratava de exigência para participação em licitações públicas, matéria esta regulamentada posteriormente em estatutos gerais de licitações próprios (Decreto-Lei 2.300/1986 e, posteriormente, Lei 8.666/1993) .

12.17. O argumento de que tal exigência encontraria amparo até mesmo nos arts. 28 e 30 da Lei de Licitações igualmente não se sustenta. A doutrina e jurisprudência são pacíficas ao considerar que o rol documental listado nos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações deve ser considerado como máximo, e não como mínimo. Assim, não é legalmente permitido exigir-se mais do que o ali previsto.

12.18. Conforme preconiza a doutrina, a lista de requisitos e¿ exaustiva:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. (...) O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.

(JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a¿ Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 401, com grifos acrescidos) .

12.19. Portanto, a Administração não pode ampliar as exigências determinadas pelo normativo em comento. Assim, não possui amparo a alegação do recorrente de que a expressão "conforme o caso", inscrita no *caput* do art. 28 facultaria a aplicação de outros requisitos além daqueles previstos em seus incisos.

12.20. Igualmente é ampla a jurisprudência do TCU nesse sentido, a saber:

E¿ ilegal e restringe a competitividade do certame licitatório a exigência de documentos de habilitação além daqueles previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993. - Acórdão 3192/2016-Plena¿rio, Relator Marcos Bemquerer.)

A lista de documentos passíveis de serem exigidos dos interessados na etapa de habilitação e¿ exaustiva (arts. 27 a 33 da Lei 8.666/1993) - Acórdão 2197/2007-Plena¿rio, Relator Augusto Sherman.

As exigências de documentos para efeito de habilitação em certame licitatório não devem exceder os limites fixados nos artigos 27 a 33 da Lei 8.666/1993. Acórdão 808/2003-Plena¿rio, Relator Benjamin Zymler.

12.21. Dito isso, não e¿ cabível, a¿ luz da Lei 8.666/1993, a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como requisito de habilitação jurídica a certame licitatório.

12.22. Em paralelo, o recorrente argumenta que a exigência de visto do Crea local estaria também autorizada pelo que define o inciso IV do art. 30 da Lei de Licitações, que permite exigir-se documentação relativa à prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, no âmbito da qualificação técnica. Contudo, no parágrafo 5º deste artigo, a lei expressamente proíbe a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos. Portanto, verifica-se que, apesar de a legislação geral permitir critério de qualificação técnica definida em lei especial, ela claramente veda a exigência de comprovação de aptidão em local específico, como a que se verifica na situação em análise, que trata de visto local no Conselho. Posto isso, conclui-se que a aplicação do requisito listado no art. 69 da Lei 5.194/1966 também é expressamente vedado pela Lei de Licitações.

12.23. De forma semelhante, a tese de que a exigência editalícia encontra amparo no art. 58 da Lei 5.194/1966 e nas Resoluções Confea 413/1997 e 1.007/2003 igualmente não encontra esteio.

12.24. O citado art. 58 prevê que: "Se o profissional, firma ou organização, registrado em qualquer Conselho Regional, exercer atividade em outra Região, ficará obrigado a visar, nela, o seu registro." Já a Resolução Confea 1.007/2003 define em seu art. 3º que: O profissional registrado que exercer atividade na jurisdição de outro Crea fica obrigado a visar o seu registro no Crea desta jurisdição." Dos normativos, confirma-se que a exigência alcança tão somente a empresa que executará os serviços. Portanto, em linha com o entendimento deste Tribunal de Contas, tal exigência deve ser requerida no momento da contratação e apenas para a empresa vencedora do certame.

12.25. A Resolução Confea 413/1997 estabelece as seguintes regras:

Art. 1º - Será concedido visto ao registro da pessoa jurídica originário de outro Conselho Regional, para os seguintes efeitos e prazos de validade:

I - execução de obras ou prestação de serviços.

Prazo: não superior a 180 (cento e oitenta) dias;

II - participação em licitações.

Prazo: até a validade da certidão de registro.

(...)

Art. 5º - O visto referido no item II do artigo anterior, não tem validade para a execução de obras ou prestação de serviços, cumprindo à pessoa jurídica, para esse efeito, atender aos requisitos exigidos no Art. 3º, mediante solicitação de "visto" para finalidades previstas no item I do Art. 1º desta Resolução. (grifos nossos)

12.26. Dos excertos reproduzidos, constata-se que a norma descreve dois vistos distintos, um para participar em procedimentos licitatórios e outro para executar os respectivos serviços. Quanto ao primeiro visto, relativo à participação em licitações, deve-se ressaltar que esse não se aplica ao caso em análise, visto que, como a Resolução destaca em seu art. 5º, ele não é válido para a execução dos serviços, que é a tese defendida pela recorrente. Ademais, deve-se salientar que as normas infralegais editadas pelos Conselhos Profissionais são normas secundárias, não tendo poder de gerar direitos, nem, tampouco, de impor obrigações, bem como não podem contrariar as normas primárias, sob pena de invalidade. Portanto, sua interpretação sempre estará limitada pela lei, não cabendo a ela inovar o rol documental para habilitação em processos licitatórios.

12.27. O segundo visto citado, em consonância com o que foi discutido para a Resolução Confea 1.007/2003, é necessário apenas para as empresas que executarão obras ou serviços. Dito isso, novamente resta claro que tal visto somente deve ser obtido pela empresa vencedora do certame, quando de sua contratação, e impor tal exigência no edital deixa clara a estipulação de custos desnecessários a todos os licitantes, anteriormente à celebração do contrato, o que, ressalte-se, vai de encontro à Súmula TCU 272.

12.28. A tese de que tal exigência seria necessária para se evitar atrasos na formalização contratual igualmente não se sustenta. Tal questão deve ser tratada no âmbito do planejamento da contratação, que deve considerar prazos adequados para esse fim, considerando que não há óbices para que um Conselho Profissional deixe de conceder o visto para uma empresa regularmente registrada em outra região.

12.29. O Banco trouxe em anexo à peça recursal uma planilha contendo casos de atrasos na assinatura de contratos decorrentes de atendimento ao visto do Crea (peça 19) . Dos dezoito casos reportados, verifica-se que mais de 60% foram resolvidos em menos de trinta dias. Assim, a previsão de prazo exequível para a formalização contratual atende aos princípios do interesse público, da razoabilidade, privilegiando a competitividade do certame e a escolha da proposta mais vantajosa.

12.30. No caso concreto em análise, o certame envolveu quinze licitantes, que concorreram pela prestação de serviços em sete unidades da federação. Assim, considerando que cada licitante teve que pagar taxa de anuidade ao Conselho local das demais seis unidades federativas distintas de sua sede, quando apenas o vencedor, de fato, deveria suportar essa obrigação pecuniária, tem-se que os respectivos Conselhos Profissionais receberam 84 anuidades tão somente em decorrência de exigência do processo licitatório patrocinado pelo Banco do Brasil, cuja exigência não se correlacionava, em verdade, à comprovação de habilitação técnica ou jurídica. Resta claro o custo desnecessário que as empresas participantes foram impelidas a realizar, apenas para ter o direito de concorrer pelo serviço objeto do pregão em tela. Conforme bem pontuado pelo voto proferido na decisão do STF que revogou o art. 69 da Lei 5.196/1966, não é legítimo transformar o agente administrativo em fiscal do recolhimento das anuidades, emolumentos e taxas devidos aos Creas.

12.31. A jurisprudência deste Tribunal de Contas possui entendimento no mesmo sentido, refletido na Súmula TCU 272, já mencionada, que determina 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. Essa concepção tem por fundamento a promoção do princípio da competitividade, da igualdade e da economicidade, de forma a garantir a busca pela contratação mais vantajosa para a Administração Pública, incluídas nesse rol as empresas públicas e sociedades de economia mista.

12.32. Nesse sentido, deve-se destacar que o novo estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista (Lei 13.303/2016) manteve, explicitamente, tais princípios como norteadores da atuação desta parcela da Administração Pública. Conforme determinado pelo seu art. 31:

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo. (grifos nossos)

12.33. Tal mandamento encontra esteio na própria Constituição Federal, insculpido em seu art. 173, § 1°, III, *in verbis*:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, **observados os princípios da administração pública**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos nossos)

12.34. Como se verifica no mandamento constitucional, apesar de estar previsto um estatuto jurídico especialmente desenhado para atender às necessidades da Administração Indireta exploradora de atividade econômica, não é permitido a tal regramento ignorar os princípios que regem a Administração Pública, incluídos nesse quesito os princípios da obtenção da competitividade, da economicidade e da igualdade em suas contratações, refletidos na busca da proposta mais vantajosa.

12.35. Em consulta à legislação que regeu a Administração Pública ao longo do tempo, verifica-se que o princípio da competitividade e da economicidade sempre permeou sua atuação, como pode ser observado nos excertos legais reproduzidos a seguir (grifos nossos) :

**Decreto Lei 2.300/1986**

Art. 3º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que:

I - comprometam, restrinjam, ou frustrem, o caráter competitivo do procedimento licitatório;

II - estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes.

**Lei 8.666/1993**

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

12.36. Com o novo estatuto jurídico previsto pela Lei 13.303/2016, as regras procedimentais foram flexibilizadas, mas os princípios norteadores da atuação pública permanecem vigentes, e não se pode olvidar que as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, apesar de atuarem no mercado, permanecem sendo parte integrante da Administração Pública.

12.37. No caso concreto, resta claro que a exigência de registro em todos os Conselhos locais viola o princípio da competitividade, por impor despesa desnecessária a todas as empresas que desejem participar da licitação, o que pode afastar potenciais licitantes. De forma a obstar tais situações, exigências desse tipo são expressamente vedadas pela Súmula TCU 272. Cláusulas dessa natureza também ferem os princípios da isonomia e da igualdade, por beneficiarem as empresas situadas no local da prestação dos serviços, tendo em vista que já possuem registro no Crea local, enquanto se onera as demais com a obtenção do visto. O fato de que essas violações não tenham gerado prejuízo num ou noutro caso específico não elide a necessidade de proferir orientação para coibir tal exigência e seus potenciais prejuízos em outras circunstâncias.

12.38. Portanto, em linha com o art. 173, § 1°, III, da Constituição Federal, com o art. 31 da Lei 13.303/2016 e com a jurisprudência deste Tribunal de Contas, a exigência de que todos os licitantes comprovem o registro nos Conselhos Profissionais locais onde se darão os serviços impõe custo indevido aos participantes do processo de contratação, o que vai de encontro aos princípios da competitividade, da economicidade, da igualdade e da isonomia que regem toda a Administração Pública, indistintamente.

12.39. Igualmente, não subsiste a alegação do recorrente quanto à impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei das Estatais. Conforme ensina Marçal Justen Filho:

Não¿ cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas.

Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal.

Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas.Um exemplo encontra-se abaixo exposto e se refere ao previsto no §1o do art. 13 da Lei 8.666, que se aplica no âmbito das contratações diretas das empresas estatais. (...)

Em outros casos, ha¿ identidade entre as regras das Leis 8.666 e 13.303/2016, o que pode autorizar a aplicação da Lei das Estatais segundo o entendimento já consagrado relativamente a¿ Lei de Licitações. Assim se passa nos casos de dispensa de licitação referidos no art. 29 da Lei 13.303/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) . **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei 13.303/2016 - "Lei das Estatais"**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 288.

12.40. Dito isso, demonstra-se ser plausível complementar as lacunas de um estatuto com as disposições de outro, mais geral, que trata do mesmo assunto, desde que compatíveis. A¿ luz desse critério e dos princípios que regem toda a Administração Pública, e¿ possível que se considere extensível ao regime da Lei das Estatais a restrição da Lei de Licitações quanto a¿ exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos como requisito de qualificação, visto que tal proibição decorre diretamente da aplicação dos princípios da competitividade, da igualdade e da isonomia.

12.41. Portanto, seja por aplicação dos princípios da licitação, seja por aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 igualmente não admite a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação para participação em procedimentos licitatórios.

12.42. O recorrente defende que decisão proferida pelo TRF da 3ª Região confirma sua tese. Sobre tal afirmativa, deve-se ressaltar a existência do princípio da independência das instâncias. Assim, este Tribunal de Contas não se sujeita às decisões oriundas de outros órgãos ou poderes do Estado, salvo em situações de absolvição na esfera penal por inexistência do fato ou negativa de autoria, que não é a situação discutida nos presentes autos (Acórdãos 940/2019-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz; 6.903/2018-TCU-2ª Câmara, relatora Ministra Ana Arraes; 131/2017-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues; 2.983/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro Bruno Dantas; 30/2016-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes) .

12.43. Por fim, o Banco argui que a regularidade de exigência de licenças ambientais, discutida no âmbito do Acórdão 6.047/2015, seria situação análoga aos presentes autos e, portanto, o visto no Crea local seria uma demanda regular nos certames. Inicialmente, cabe destacar que o caso concreto tratado no respectivo acórdão referiu-se à exigência de que os licitantes apresentassem Termo de Compromisso de fornecimento de CBUQ, por usina de asfalto legalmente licenciada, na falta de usina própria, bem como documentação comprobatória da regularidade ambiental (licença de operação) . Constata-se que as situações fáticas são claramente distintas e, portanto, incomparáveis. As questões ambientais, sua complexidade e a importância constitucionalmente reconhecida do meio ambiente como bem a ser preservado para as presentes e futuras gerações em nada se amolda ao caso tratado nos presentes autos, relativo à exigência prévia de visto em Conselho Profissional local.

12.44. De todo o exposto, conclui-se que não procedem os argumentos trazidos pelo recorrente.

**CONCLUSÃO**

12.45. Da análise anterior, conclui-se que:

a) uma vez admitida representação no âmbito desta Corte de Contas, resta estabelecida a competência do Tribunal para análise da matéria, tornando-se atribuição irrenunciável, ante ao dever de tutela do interesse público;

b) seja em decorrência da revogação do art. 69 da Lei 5.194/1966, seja por aplicação dos princípios da licitação, seja por aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 também não admite a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação jurídica ou de qualificação técnica para participação em licitações.

12.46. Assim, os argumentos apresentados não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, impondo-se o desprovimento do pedido, mantendo-se inalterado o posicionamento do Tribunal.

**PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

12.47. Diante do exposto, com fundamento no artigo 48, da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, com posterior encaminhamento ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União e ao Gabinete do Relator, propondo:

a) conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento;

b) comunicar a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte ao Banco do Brasil S.A. e aos demais interessados.

O diretor, em seu pronunciamento, diverge do posicionamento da auditora, nos seguintes termos:

A questão de fundo discutida neste pedido de reexame, interposto pelo Banco do Brasil S.A. contra o Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara (Rel. Ministro Bruno Dantas) , é a exigência de registro no Crea local como critério de habilitação nos processos licitatórios conduzidos por essa sociedade de economia mista.

2. Na instrução precedente, em consonância com a deliberação recorrida, concluiu-se:

seja em decorrência da revogação do art. 69 da Lei 5.194/1966, seja por aplicação dos princípios da licitação, seja por aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993, a Lei 13.303/2016 também não admite a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação jurídica ou de qualificação técnica para participação em licitações.

3. Consequentemente, foi proposta a negativa de provimento a este recurso, o que significa manter a seguinte ciência dada ao Banco do Brasil:

1.6. dar ciência ao Banco do Brasil S.A., com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada na Licitação Eletrônico 2019/00609 (7421) , para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes: exigência de prova de inscrição ou visto de execução de obras/Serviços no Conselho Regional Profissional da (s) unidade (s) federativa (s) em que será executado o objeto do edital na fase de habilitação do certame, em desacordo com o disposto na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos 348/1999-TCU-Plenário, 2.239/2012- TCU-Plenário, 10.362/2017-TCU-2a Câmara e 1.020/2019-TCU-Plenário)

4. Nada obstante a percuciente análise procedida pela Srª Auditora (peça 28) , pede-se escusas para apresentação de opinião divergente, com a intenção inclusive de fomentar o debate acerca desse tema específico, dada a recenticidade da Lei 13.303/2016.

5. O argumento de fundo do Banco do Brasil é o de que tal exigência tem como intento trazer mais eficiência às contratações, na medida em que, uma vez selecionada a proposta mais vantajosa, já estaria satisfeito pela contratada o requisito do visto do Crea para a atuação nas localidades em que as obras serão realizadas.

6. Em síntese, o recorrente sustenta que é escorreita a exigência de registro prévio no Crea da localidade, considerando a impossibilidade da aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) . Apoia-se em premissa legal e constitucional, além de elencar uma série de outros argumentos (item 12, peça 28) .

7. A posição defendida neste despacho será apresentada por meio do enfrentamento de tópicos extraídos da conclusão constante da instrução precedente.

Revogação tácita do art. 69 da Lei 5.194/1966

8. Como registrado acima, a Srª Auditora aponta, dentre os motivadores para o não provimento do recurso, a revogação tácita do art. 69 da Lei 5.194/1966 (que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro-agrônomo, e dá outras providências) , pelos Decretos-Lei 200/1967 e 2.300/1986, bem assim pela Lei 8.666/1993. O texto desse dispositivo é o seguinte:

Art. 69. Só poderão ser admitidos nas concorrências públicas para obras ou serviços técnicos e para concursos de projetos, profissionais e pessoas jurídicas que apresentarem prova de quitação de débito ou **visto do Conselho Regional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado**.

(destaque acrescido)

9. Essa revogação tácita teria ocorrido porque as normas revogadoras limitaram o rol de documentos exigíveis nas habilitações de processos licitatórios, os quais somente poderiam referir-se a: personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira (DL 200/1967, art. 131) ; personalidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal (DL 2.300/1986, art. 25) e habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, cumprimento do disposto no capacidade técnica e idoneidade financeira, bem como observância à proteção constitucional do trabalho do menor (Lei 8.666/1993, art. 27) .

10. Com as vênias de estilo, pondera-se que não haveria reparo a se fazer se a mencionada revogação tácita se referisse apenas ao regime das contratações da Administração Pública, excetuadas as das empresas estatais, exploradoras de "atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos".

11. Todavia, como a instrução anterior não fez essa ressalva, é forçoso asseverar que essa revogação não ocorreu em relação ao regime de licitações regido pela Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) .

12. Neste ponto, é necessário tecer algumas considerações sobre a **revogação tácita**. Esta pode ser conceituada como a eliminação da vigência de norma incompatível com outra norma em caso concreto, especificamente examinado.

13. Assim, em dada situação em que verifique a existência de normas conflitantes - de mesmo nível hierárquico - o operador do direito deverá, por meio de critério cronológico, compatibilizá-las, registrando a não aplicação da norma anterior que se mostrar incompatível com a nova norma.

14. Como se sabe, a revogação tácita **ocorre sem disposição revogadora**, na medida em que a incompatibilidade entre normas - ou antinomia - é expurgada pela simples não aplicação da norma considerada incompatível.

15. Nesse raciocínio, é de grande relevância o momento em que se verifica se ocorreu revogação tácita.

16. O fato de um juiz considerar que o art. 69 da Lei 5.194/1966 foi revogado tacitamente porque ao examiná-lo, à luz da Lei 8.666/1993, constatou incompatibilidade com esta norma, não impede que um outro juiz (ou esse mesmo) - ao examinar, posteriormente, a aplicabilidade do art. 69 da Lei 5.194/1966 à luz da Lei 13.303/2016 - chegue à conclusão de que não houve revogação tácita, por considerar o mencionado artigo compatível com a Lei das Estatais. Repita-se, isso porque a revogação tácita se verifica no caso concreto e em dado momento específico.

17. Ou seja, a revogação tácita, diferentemente da expressa, não "risca a redação da norma", uma vez que depende de interpretação e não repercute além da hipótese particular perscrutada.

18. Dito isso, deve-se observar que a Lei 13.303/2016 contém vários dispositivos que permitem constatar a possibilidade de se exigir o visto ora em discussão, a exemplo dos seguintes:

Art.39. Os procedimentos licitatórios, a pré-qualificação e os contratos disciplinados por esta Lei serão divulgados em portal específico mantido pela empresa pública ou sociedade de economia mista na internet" (...) ;

Art. 58. A **habilitação** será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - **exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar** a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

(...)

(destaques acrescidos)

19. Nota-se que a norma é clara ao dispor que os documentos exigíveis para a habilitação serão aqueles considerados capazes de comprovar que a licitante poderá atender ao sinalagma contratual, ou seja, cumprir a bilateralidade do contrato. Portanto, não há previsão taxativa no dispositivo, percebendo-se uma deliberada intenção de deixar em aberto os critérios de habilitação (*numerus apertus*) .

20. Além disso, observe-se que a Seção VII da Lei 13.303/2016 trata de "procedimentos auxiliares das licitações". Dentre esses tem-se a 'pré-qualificação permanente', que é um procedimento anterior à licitação destinado a **identificar "fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos**", bem como "bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública".

21. Como se vê, as estatais, antes mesmo da licitação, podem pré-qualificar empresas, avaliando se os potenciais contratados reúnem condições de habilitação exigidas para o adimplemento do objeto a ser pactuado. Donde depreende-se que as exigências para a habilitação decorrem da própria natureza do objeto, ou seja, podem variar de acordo com o que se quer contratar.

22. Vale destacar que a "pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a **igualdade de condições entre os concorrentes**" (art. 63, § 4º) .

23. Nessa perspectiva, infere-se que, se na fase anterior à licitação já se pode identificar "condições de habilitação" não expressamente previstas na lei, não há porque impedir que a contratante preveja tais "condições de habilitação" no edital da licitação propriamente dita.

Aplicação dos princípios da licitação

24. De acordo com a instrução de peça 28, a aplicação dos **princípios da licitação** também impede a exigência de registro no Crea local como critério de habilitação nos processos licitatórios conduzidos pelo Banco do Brasil.

25. O item 12.32 da referida instrução destaca na Lei das Estatais os 'princípios da igualdade', da 'obtenção da competividade' e da 'economicidade' como princípios que impediriam o estabelecimento dessa exigência.

26. Cabe transcrever os artigos da Lei 8.666/1993 e da Lei 13.303/2016 que dispõem sob princípios:

Lei 8.666/1993

Art. 3o. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1o. É vedado aos agentes públicos:

- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou **condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Lei 13.303/2016

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da **economicidade**, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da **obtenção de competitividade**e do julgamento objetivo.

27. Sem adentrar na densa teoria dos princípios jurídicos, pode-se dizer que a leitura dos dois artigos acima revela uma base principiológica comum, na medida em que os princípios neles contidos buscam nortear padrões de conduta similares em relação às contratações feitas pela Administração Pública, sob o regime público (Lei 8.666/1993) e sob o regime das estatais (Lei 13.303/2016) .

28. Sobre os princípios que interessam mais de perto ao tema em apreço, inicialmente, cabe mencionar que se verifica na doutrina a existência de correntes que diferenciam os princípios da isonomia e da igualdade. Entende-se que o primeiro teria conteúdo mais concreto, enquanto o segundo apresentaria maior grau de abstração. Por exemplo, aplicar-se-ia o princípio da isonomia para equilibrar as forças entre um consumidor específico em litígio com uma pessoa jurídica de grande poder econômico. O princípio da igualdade manifestar-se-ia, *e.g*, quando é necessário resguardar um tratamento homogêneo das partes em relação à lei (igualdade formal) ou a todos os outros seres humanos (igualdade material) .

29. Nada obstante a relevância que os desdobramentos dessa diferenciação possam ocasionar, considera-se mais apropriado nesta oportunidade acompanhar a opinião do Professor Marçal Justen, que não faz diferenciação entre esses dois princípios. Nesse sentido, ensina que a Administração pode sim estabelecer distinções entre contratantes, desde que importantes para o êxito da contratação e que, por óbvio, não haja discriminação arbitrária. Senão observe-se a multicitada lição desse jurista (*in p. 50)*:

Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração. A Administração necessita contratar terceiros para realizar seus fins. Logo, deve escolher o contratante e a proposta. Isso acarreta inafastável diferenciação entre os particulares. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termo rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciado para os terceiros.

A diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, sob esse ângulo. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto, **o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para a Administração**.**A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença**. Essa fórmula acarreta inúmeras consequências.

C. A. Bandeira de Mello pôs a nu a enorme gama de desdobramentos do princípio da isonomia. **Igualdade não significa invalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório**. A discriminação entre situações pode ser uma exigência inafastável para atingir-se a igualdade. Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender à isonomia. (...)

(destaques acrescidos)

30. Nota-se que o princípio da igualdade é adotado na acepção acima nas duas normas, portanto não sendo um impeditivo para a exigência fixada pelo Banco do Brasil quanto ao visto do Crea.

31. O mesmo pode ser dito em relação aos princípios da obtenção de competitividade e da economicidade. As duas normas contêm previsões que visam estimular a competição, de maneira a conseguir propostas mais vantajosas para Administração. Nesse prisma, a Lei 13.303/2016 mostra-se até mais avançada, tendo inclusive incorporado várias disposições extraídas do Regime Diferenciado de Contratação, a exemplo do modo de disputa aberta (lances) e da pré-qualificação.

Aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993

32. Sem dúvida, esse é o cerne da presente discussão, tendo em vista que, de certa forma, engloba os outros dois fundamentos, acima tratados, que também ampararam a deliberação recorrida.

33. Destarte, é preciso examinar se, de fato, a Lei 8.666/1993 aplica-se subsidiariamente à Lei 13.303/2016 e, caso isso ocorra, se existe espaço para essa aplicação na situação em análise. Observe-se os seguintes artigos das Constituição Federal de 1988:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Art. 37. 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, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXVII - ... ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, ...

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei

§ 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

34. A leitura e interpretação conjugada desses dispositivos permite inferir que o Banco do Brasil subordina-se à disciplina constitucional do art. 173, § 1º, inciso III e, consequentemente, à disciplina legal da Lei 13.303/2016, norma prevista nesse referido artigo da CFRB/1988.

35. A edição da Lei 13.303/2016 decorreu justamente da necessidade de maior agilidade e autonomia nas contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, que não podiam continuar presas a regras licitatórias que lhes retiravam poder de competição frente às empresas privadas do mesmo ramo.

36. Dessa forma, a Lei das Estatais trouxe normas específicas para as licitações e contratos das EPs e SEMs, inclusive mais detalhadas do que se poderia esperar em virtude dos desígnios que a inspiraram.

37. O professor Marçal Justen Filho é taxativo ao afirmar que, com o advento da Lei das Estatais, **um novo regime jurídico para as licitações e contratações surgiu**, **diferenciando-se do regime jurídico público, até então existente**. Chama a atenção para o fato de que a insistência de operadores do direito em aplicar a Lei 8.666/1993 subsidiariamente à Lei 13.303/2016 vai de encontro à *men legis*desta, pois sabe-se que o espírito da lei captado na vontade do legislador, neste caso, foi justamente o de propiciar maior autonomia às empresas estatais por ela regidas. Compara a aplicação Lei 8.666/1993 a essas empresas a uma espécie de ultratividade legal, que deve ser evitada. Afirma que "**o problema é o risco de que a Lei 13.303/2016 seja interpretada e aplicada à luz dos entendimentos predominantes antes de sua edição**".

38. Esse renomado jurista pondera que "O grande desafio reside em interpretar e aplicar os dispositivos segundo uma principiologia autônoma. Não é cabível reputar que, não obstante a edição da Lei 13.303/2016, a disciplina da Lei 8.666 continua a ser aplicável".

39. Mesmo reconhecendo a existência de identidade em regras dessas duas leis que autorizam a aplicação do entendimento consagrado na égide da Lei de Licitações, Marçal Justen Filho assevera não existir subsidiariedade da Lei 8.666/1993 em face da Lei 13.303/2016, conforme demonstra o trecho abaixo:

4.2 A ausência de aplicação subsidiária da Lei 8.666

Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas.

Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal.

Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas. Um exemplo encontra-se abaixo exposto e se refere ao previsto no§ l.º do art. 13 da Lei 8.666, que se aplica no âmbito das contratações diretas de empresas estatais. A questão será mais bem examinada adiante.

Em outros casos, há identidade entre as regras das Leis 8.666 e 13.303/2016, o que pode autorizar a aplicação da Lei das Estatais segundo o entendimento já consagrado relativamente à Lei de Licitações. Assim se passa nos casos de dispensa de licitação referidos no art. 29 da Lei 13.303/2016.

(i*n*Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016 / Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 288)

40. Portanto, conclui-se que não há que se falar em aplicação subsidiária da Lei de Licitações à Lei das Estatais.

Habilitação no âmbito da Lei das Estatais

41. Por fim, é preciso tecer comentários específicos quanto à habilitação no âmbito da Lei 13.303/2016, uma vez que se trata do instituto afetado diretamente pela decisão recorrida. Novamente, invoca-se lições de estudiosos do tema, a fim de embasar o posicionamento ora defendido.

42. Nessa vereda, os doutrinadores Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma deixaram registrado o seguinte no livro'Estatuto Jurídico das Estatais, análise da Lei 13.303/2016, Ed. Forum. Belo Horizonte, 2017:

**Diferentemente da Lei nº 8.666/93, a Lei das Empresas Estatais não trabalha com *documentos fechados*, com a listagem pormenorizada de todos os documentos que devem ser apresentados pelas licitantes**. Antes, esta lei articula a habilitação em torno de "parâmetros", quais sejam: **documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contratação de obrigações** (inc. I) ; qualificação técnica, que se restringe ao que for relevante técnica ou economicamente (inc. II) ; capacidade econômico-financeira (inc. III) ; e recolhimento de quantia como forma de adiantamento nas licitações de maior oferta de preço (inc. IV) . Assim, cabe ao licitante apresentar os documentos que entenda serem suficientes para satisfazer os requisitos jurídico, técnico e econômico-financeiro. E caberá à autoridade pública, por sua vez, avaliar se os documentos apresentados são de fato suficientes.

(destaques acrescidos)

43. Nesse aspecto, menciona-se o registro dos juristas Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos no sentido de que, apesar de haver referência constitucional a balizar a escolha dos parâmetros de habilitação (Art. 37, inciso XXI, CF/1988) , a "**LRE tem regime jurídico próprio e específico para a habilitação. Não se aplicam, portanto, as disposições contidas nos artigos 27 a 31 da lei nº 8.666/93**" (*in*Lei das Estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum. 1ª ed. 2017, p. 202) .

44. Por oportuno, deve-se também mencionar a gabaritada doutrina de Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr. Esses autores, a despeito de considerarem que o licitante somente deve ser inabilitado em razão de defeitos insanáveis, registram as seguintes reflexões (*in*Licitações e Contratos das Estatais / Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 229-235) :

A Lei nº 13.303/2016 prevê sistemática de habilitação para as licitações inovadora e impactante, bem diferente da tradicional, especialmente a da Lei nº 8.666/93. ...

O inc. I do art. 58 da Lei nº 13.303/16, é chamado de habilitação jurídica. O legislador, sem qualquer razão aparente, preferiu chama de "documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante", o que não implica qualquer diferença em comparação ao conceito tradicional de habilitação jurídica. No tocante a esse aspecto, o legislador não listou os documentos considerados apropriados, conferiu competência discricionária para que os agentes estatais decidam quais documentos devem ser exigidos em cada caso, o que deve ser previsto nos respectivos editais.

(...)

Os incisos do art. 58 da Lei nº 13.303/16 deixam em aberto dos documentos que devem ser exigidos em cada caso para a habilitação nas licitações promovidas pelas estatais. Sob essa premissa, **não há qualquer vinculação ou limitação às práticas assentadas com base na Lei 8.666/93**. **Os agentes das estatais gozam de competência discricionária para decidir sobre os documentos, sendo-lhes facultado exigir documentos mais ou menos rigorosos do que aqueles autorizados pela Lei 8.666/93**. A preocupação dos agentes das estatais é que as exigências sejam justificadas e proporcionais aos objetos licitados, de modo que não violem o princípio da competitividade, previsto no art. 31 da Lei nº 13.303/16.

(destaques inseridos)

45. Não se pode deixar de transcrever, ainda, as seguintes palavras do mestre Marçal Justen Filho (i*n*Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016/Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 456/457) :

A fase de habilitação foi regulamentada de modo bastante genérico e aberto, assegurando maior autonomia às empresas estatais. Nesse sentido, a Lei 13.303/2016 mostra alguns avanços nesse ponto em relação ao RDC e à Lei 8.666/1993, que preveem um regime minucioso de habilitação dos licitantes.

(...)

A Lei 13.303/2016 prevê que a habilitação considerará exclusivamente os seguintes critérios: (i) exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade de aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte da licitante; (ii) qualificação técnica...; (iii) capacidade econômica e financeira ...; (iv) recolhimento de quantia a título de adiantamento ...

Os requisitos de habilitação deverão ser previstos e regulamentados no instrumento convocatório, que somente poderá prever estes requisitos arrolados taxativamente pela Lei. A Lei prevê o máximo que o instrumento convocatório poderá estipular como requisito de habilitação e não o mínimo. Logo, não há obrigação legal para que se exija o cumprimento integral de cada um desses requisitos, que deverão ser escolhidos de acordo com o objeto da licitação.

A Lei 13.303/2016 conferiu maior autonomia e flexibilidade às empresas estatais quanto aos requisitos de habilitação, mais isso não significa liberdade absoluta, uma vez que os requisitos de habilitação possuem efeitos diretos nos resultados da licitação: "Quanto maiores as exigências condicionantes da participação, tanto menor o número de licitantes aptos a participar da disputa. Logo, a ampliação dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação dos preços obtidos pela Administração (...) . Sob outro enfoque, a redução das exigências de participação amplia o risco de contratações desastradas, pois dá oportunidade a que sujeitos destituídos de capacitação se sagrem vencedores do certame.

A empresa estatal, portanto, deverá evitar exigências excessivas ou insuficientes, elaborando o edital de modo a exigir apenas o bastante para comprovar as capacidades técnica e econômica do licitante. A flexibilidade concedida pela Lei 13.303/2016 corresponde, então, a um ônus maior das empresas estatais, que terão que ter cautela na elaboração do instrumento convocatório para evitar distorções.

O amplo espaço de autonomia concedido às empresas estatais exige, de forma ainda mais essencial do que na legislação vigente, que os instrumentos convocatórios sejam elaborados de forma clara e precisa.

46. Nessa esteira e com base na abalizada doutrina supra mencionada, conclui-se que a pretensão do Banco do Brasil é legal e legítima, mormente considerando o comentário contido na nota de rodapé referente ao trecho acima (nota 26) , no qual Marçal Justen Filho critica a previsão exaustiva dos requisitos de habilitação, por acreditar na impossibilidade de a lei minudenciar limites precisos para as exigências que a Administração deverá adotar.

47. Por derradeiro, existe ainda um aspecto, bem específico, que respalda a pretensão do Banco do Brasil. Como antecipado acima, a Lei 13.303/2016 adotou um sistema bastante próximo ao do Regime Diferenciado de Contratação. Portanto, estabeleceu para o certame o modo de disputa aberta ("lances") e o fechado ("apresentação de propostas") .

48. A exigência do Banco é oportuna, principalmente, no modo de **disputa aberta** no qual os lances são públicos e sucessivos, buscando obter a proposta mais vantajosa. Isso porque se percebe que no sistema de lances a classificação é importante, também, na medida em que o licitante vencedor pode não firmar o contrato, por inabilitação ou desistência voluntária.

49. Tanto que o art. 53, inciso I, dessa norma prevê a possibilidade de **lances intermediários**. Assim, uma vez previsto o reinício da disputa aberta, após a constatação do melhor lance, abre-se nova disputa apenas para redefinir as demais colocações, sem a participação do primeiro selecionado. Como ensina os doutrinadores Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma (*in*Estatuto Jurídico das Estatais, análise da Lei 13.303/2016, Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2017, p.256-257) :

A apresentação de lances intermediários pode se dar ao longo de toda a etapa de disputa de lances. Contudo, a lei faculta o reinício da disputa aberta. Logo após a definição do melhor lance, e existindo diferença de pelo menos 10% entre o melhor lance e o subsequente, a disputa aberta é reiniciada com a finalidade de definir as demais colocações. **Ao aceitar lances intermediários, a Lei das Empresa Estatais promove ampla competição nos certames licitatórios entre todos os licitantes para todas as posições**, garantindo-se não apenas a eficiência da contratação firmada com o licitante vencedor, mas também para aquele a que for adjudicado o objeto da licitação na ordem de classificação, caso o vencedor não possa firmar o contrato público.

(destaques acrescidos)

50. Dessarte, não resta dúvida de que é salutar que os licitantes classificados na reabertura dos lances já possam atender às exigências estabelecidas pelo contratante em termos de habilitação.

51. Feitas essas considerações, peço escusas por discordar da bem lançada instrução da Sra. Auditora (peça 28) , para manifestar-me pelo provimento deste recurso, de modo a tornar sem efeito a ciência dada por meio do item 1.6 do Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara.

O secretário, por sua vez, acompanha o entendimento esposado pelo diretor ao lançar o posicionamento que se segue:

Discute-se, nesse recurso, ciência dada ao Banco do Brasil de que é irregular a exigência de apresentação, pelas licitantes, de registro ou visto no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) da unidade federativa onde os serviços serão prestados, como critério de habilitação nos certames destinados à contratação de obras e serviços de engenharia.

2. Para a decisão recorrida, exigência da espécie somente pode ser feita "no momento da contratação, por ser restritiva além de gerar custos na fase de licitação". O Banco do Brasil, por sua vez, defende a possibilidade de exigir a comprovação já na fase habilitatória, argumentando, em síntese, ser medida de baixo custo para as empresas, sem potencial para afastar possíveis interessados nos certames, e que sua postergação para o momento de assinatura do contrato tem acarretado sensível atraso no início das obras em agências, com prejuízos aos serviços bancários, prestados sob regime de concorrência com o setor privado.

3. No âmbito desta secretaria, os exames anteriores (peças 28 e 29) chegaram a conclusões divergentes.

4. Acompanhando a deliberação recorrida, a auditora propôs negar provimento ao recurso, sob o argumento de que a exigência fere os princípios consagrados na Lei 13.303/2016 e contraria jurisprudência já assentada pelo TCU sob a égide da Lei 8.666/1993, aplicável por analogia.

5. O diretor, por seu turno, manifestou-se pelo provimento do recurso, considerando que a exigência é razoável e que a edição da Lei 13.303/2016 decorreu exatamente da necessidade de conferir maior agilidade e autonomia às contratações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Com esse fim, a nova lei instituiu um regime de licitação e contratação específico, aplicando-se a Lei 8.666/1993 e seu entendimento jurisprudencial apenas quando houver expressa remissão a esta norma pelo Estatuto das Empresas Estatais.

6. Observo que a discussão não é inovadora no Tribunal. Determinações similares ao Banco do Brasil foram feitas nos acórdãos 1017/2019-TCU-Plenário (TC 005.989/2019-1, rel. Min. Bruno Dantas) e 1020/2019-TCU-Plenário (TC 006.959/2019-9, rel. Min. Vital do Rêgo) , ambos objetos de recursos, sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler.

7. Ao me pronunciar nesses dois outros processos, manifestei-me pela negativa de provimento dos recursos, acompanhando os pareceres uniformes emitidos no âmbito desta secretaria, com fundamentos similares, na essência, aos invocados pela auditora no exame de peça 28.

8. Não obstante, colhi da manifestação do diretor (peça 29) e das razões apresentadas pelo Banco do Brasil (peça 17) argumentos que me levaram a uma nova compreensão da matéria, razão pela qual, revendo meu posicionamento anterior, acompanho a proposta de provimento do recurso, ainda que por fundamentos em parte distintos. Externo o novo entendimento tanto nestes autos como no TC 011.707/2019-4, também despachado nesta data.

9. Em primeiro lugar, entendo prejudicada a discussão, em tese, da aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 ao Estatuto das Empresas Estatais, pois, no que se refere aos critérios de habilitação, o estatuto não é omisso. A hipótese não é a de suprir eventual lacuna, mas a de concretizar dispositivo expresso da Lei 13.303/2016 (art. 58, I) , que propositalmente valeu-se de cláusula bem mais aberta que o correlata da Lei 8.666/1993 (art. 28) . Nos dois casos, foram utilizadas técnicas legislativas diversas, com consequências jurídicas diferenciadas.

10. Esse aspecto é relevante para afastar as opções extremas presentes no debate, de modo que não acompanho (a) nem o entendimento defendido no exame de peça 28, de que na hipótese se aplicaria a jurisprudência construída sob a égide de normas voltadas para a Administração em geral, em especial o entendimento acerca do art. 28 da Lei 8.666/1993, (b) nem a conclusão defendida pelo recorrente (peça 17, § 17) , e acolhida pelo diretor (peça 29, § 40) , de que a Lei 8.666/1993 só poderia ter aplicação subsidiária nas estritas hipóteses previstas no próprio Estatuto das Empresas Estatais.

11. Como decorrência da primeira dessas alternativas (aplicação ampla dos entendimentos consolidados à luz da lei geral de licitações) , seria tolhida a liberdade que o legislador, conscientemente, conferiu às empresas estatais, ao não disciplinar, no art. 58, I, da Lei 13.303/2016, um rol taxativo e pormenorizado de exigências habilitatórias, tal como o que consta do art. 28 da Lei 8.666/1993. Trata-se de normas que não possuem o mesmo conteúdo substancial, não podendo ser interpretadas tal como se tivesse ocorrido a simples remissão do novo estatuto ao antigo dispositivo, ou a reprodução daquele conteúdo. A opção legislativa não foi esta.

12. A adoção da segunda corrente, por outro lado, poderia acarretar o risco oposto, de limitar a aplicação subsidiária da citada norma geral, mesmo em situações em que haja identidade de pressupostos e harmonia principiológica. Não é razoável desconsiderar, *a priori*, todo um patrimônio de pesquisas, estudos e pronunciamentos acumulados em torno daquelas normas mais gerais, quando demonstrado que possam se aplicar ao novo regime.

13. Especificamente quanto à habilitação de licitantes, penso que a solução da controvérsia posta nos autos passa pelo reconhecimento de que, mediante a redação bem mais genérica e aberta do art. 58, I, da Lei 13.303/2016, o legislador conferiu às empresas estatais maior possibilidade de estabelecerem, conforme as peculiaridades do caso concreto, exigências que sejam necessárias e suficientes para admitir no certame apenas proponentes capazes, em tese, de adimplir as obrigações decorrentes do futuro contrato.

14. Assim, no que diz respeito aos requisitos de habilitação, a Lei 13.303/2016 é expressa (não há lacuna a suprir) e adota solução distinta (não se está diante de disposições similares) , não se justificando a aplicação subsidiária de regras ou precedentes próprios de regimes licitatórios diversos.

15. Nessa linha, destaco as lições do Ministro Benjamin Zymler e outros, em obra de análise do novo regime jurídico de licitações das estatais, os quais defendem a não incidência das regras específicas da Lei 8.666/1993 no que se refere aos documentos de habilitação previstos na Lei 13.303/2016:

*Para fins de habilitação, o art. 58 da*Lei*das*Estatais*deixa claro os parâmetros a serem exigidos dos potenciais licitantes. Nesse sentido, entende-se que o rol de parâmetros de habilitação é exaustivo, ressalvas as considerações posteriores a respeito da regularidade fiscal. Observados tais requisitos, cabe a cada*estatal*definir os documentos a serem apresentados, sempre levando em consideração o objeto da contratação.*

*Para tanto, as empresas*estatais*não estão vinculadas às disposições de outras*leis*voltadas para a Administração Pública, como é o caso da*Lei*nº 8.666/1993 e da*Lei*nº 12.462/2011. As licitantes não podem ser inabilitadas por critérios estranhos aos estabelecidos no art. 58 da*Lei*nº 13.303/2016.*

(ZYMLER, Benjamin; BAETA, André Pachioni; SILVA, André Vilanova da; MOREIRA, Daniel Miranda Barros; BISPO, Fernanda Schreiber; ALVES, Francisco Sérgio Maia; MACHADO, Karine Lilian de Sousa Costa; DIOS, Laureano Canabarro. *Novo Regime Jurídico de Licitações e Contratos das Empresas*Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 234)

16. Ao contrário do que se passa em relação à lei geral de licitações da Administração Pública, na Lei 13.303/2016, o legislador optou por estabelecer os requisitos de habilitação por meio de uma norma aberta, valendo-se expressamente de conceito jurídico indeterminado (em que há indefinição quanto ao pressuposto de incidência da norma, embora sejam determinadas suas consequências) . Há uma dúvida, a ser resolvida em cada caso de aplicação da lei, se os documentos exigidos no edital seriam ou não "aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante".

17. Trata-se, sem dúvida, de norma cujo pressuposto (aptidão do documento para comprovar a capacidade de o licitante cumprir as obrigações contratuais) é propositadamente aberto para que, em face da multiplicidade de situações que se apresentam, possam as estatais estabelecer condições apropriadas, sem ficar restritas a um rol preestabelecido.

18. Ao interpretar e aplicar normas da espécie, deve-se sempre levar em conta que os conceitos jurídicos indeterminados encerram, em geral, valores que a lei busca prestigiar, mas que devem ser ponderados nas circunstâncias concretas, por não raro conflitarem com outros valores também relevantes. Por isso, o próprio legislador opta por não estabelecer uma norma cerrada, de excessivo rigor formal, cujo conteúdo estático poderia não ser capaz de oferecer resposta adequada à multiplicidade dos casos que se apresentam, notadamente no exercício da atividade empresarial.

19. Esse modo mais abstrato, menos pormenorizado, de enunciação da lei é proposital, de forma a conferir ao administrador a possibilidade de definir a solução mais ajustada às especificidades de cada caso concreto. As decisões da Administração, ao concretizarem esse permissivo legal, devem ser validadas notadamente a partir do critério da razoabilidade, em suas três vertentes: 1) a *necessidade* da medida para atender a um fim de interesse público; 2) sua *adequação* para satisfazer aquele fim e 3) a *proporcionalidade em sentido estrito*, evidenciada pela relação favorável entre o fim buscado e os custos ou outros inconvenientes que a medida acarreta.

20. No caso em exame, são ponderáveis os argumentos do Banco do Brasil quanto à necessidade de conferir maior eficiência os processos seletivos destinados à contratação de obras em agências bancárias, ficando demonstrado de forma objetiva, nos autos, que a exigência em questão (registro ou visto no CREA, como requisito da fase habilitatória) contribui de modo relevante para evitar atrasos no início dos serviços, muitas vezes em agências que constituem o único estabelecimento bancário na localidade.

21. Além de se mostrar medida adequada para alcançar um fim justificável, referida exigência não impõe ônus excessivo às empresas de engenharia, tendo em vista o baixo valor da taxa e a facilidade de acesso ao CREA. Não pode ser equiparada, assim, a outras situações que levaram à edição da Súmula 272 do TCU, como, por exemplo, a pretensão de que a licitante disponha, já no momento da habilitação, de corpo técnico ou de recursos materiais necessários à plena execução do futuro contrato. No caso em exame, ao contrário, a previsão do edital não constitui restrição técnica ou economicamente relevante, capaz de afetar a competitividade do certame.

22. Portanto, sob a ótica da razoabilidade e considerando a maior margem de atuação conferida pela Lei 13.303/2016 às empresas estatais que explorem atividade econômica, entendo que a exigência de habilitação discutida nestes autos foi devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto, atende aos imperativos da dinâmica empresarial e não impõe um ônus excessivo às empresas que queiram se habilitar à prestação dos serviços.

23. Por essa razão, manifesto-me de acordo com o encaminhamento proposto pelo diretor da 4ª DT (peça 29) , no sentido de que seja dado provimento ao presente recurso, tornando sem efeito a ciência objeto do item 1.6 do Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara.

É o Relatório

**Voto**

Cuidam os autos de pedido de reexame interposto pelo Banco do Brasil (BB) contra o Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara, proferido em representação da empresa Peçafrio Sistemas Térmicos Ltda. - EPP, participante da Licitação Eletrônica 2019/00609.

O representante alegou haver problema na quantificação dos serviços, estimativas de preço, prazos de fornecimento, entre outras irregularidades, no registro de preços realizado para eventuais e futuras contratações de serviços de engenharia para a realização de instalação e/ou modernização de sistemas de climatização predial em dependências e imóveis de interesse do banco, localizados nos estados de Alagoas, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte. A contratação estava dividida em oito lotes e abrangia fornecimento de material e mão-de-obra.

A unidade técnica responsável analisou o edital e seus anexos (peça 1, p. 2-673) , incluindo as impugnações e as respectivas análises do banco pelo indeferimento (peça 1, p. 688-728) e concluiu que as alegações da representante não configuravam irregularidades ao certame. Em complemento, verificou que foi incluída cláusula no edital exigindo dos licitantes inscrição ou visto de execução de obras/serviços no conselho regional profissional da unidade federativa em que será executado o objeto do edital.

Por meio do acórdão ora recorrido, a representação foi considerada parcialmente procedente e o Banco do Brasil foi cientificado nos seguintes termos:

1.6. dar ciência ao Banco do Brasil S.A., com fundamento no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, sobre a seguinte impropriedade/falha, identificada na Licitação Eletrônica 2019/00609 (7421) , para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes: exigência de prova de inscrição ou visto de execução de obras/Serviços no Conselho Regional Profissional da (s) unidade (s) federativa (s) em que será executado o objeto do edital na fase de habilitação do certame, em desacordo com o disposto na jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União, a exemplo dos Acórdãos 348/1999-TCU-Plenário, 2.239/2012-TCU-Plenário, 10.362/2017-TCU-2ª Câmara e 1.020/2019-TCU-Plenário) .

Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48 da Lei 8.443/1992, cabe conhecer do presente recurso. Antes de adentrar o mérito, assinalo que há ao menos cinco processos autuados nesta Casa que tratam, em síntese, do mesmo tema aqui em análise. Assim, além destes autos, há os TC 005.989/2019-1, 006.959/2019-9, 011.707/2019-4 e 027.446/2019-4.

Todos esses processos são originados de representação de licitantes no âmbito do Banco do Brasil, cujo deslinde resultou em ciência ou determinação para que a entidade afastasse a exigência de visto junto ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (Crea) da unidade da federação onde os serviços serão prestados

Outro ponto em comum é que o BB interpôs recursos contra as decisões proferidas em todos eles, sendo que os dois primeiros já possuem decisão de mérito mediante os Acórdãos 739/2020 e 873/2020, ambos do Plenário.

Nesta oportunidade, o recorrente argumenta, em síntese (peça 17) :

a) a representação não deveria ter sido conhecida porque não preencheria os requisitos de admissibilidade em razão da ausência de interesse público, uma vez que não houve restrição à competitividade na licitação;

b) a Lei 8.666/1993 não pode ser aplicada subsidiariamente à Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) , que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) a exigência do visto do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea) da jurisdição do local onde ocorrerá a execução de obra ou serviço de engenharia seria legal, nos termos do art. 58 da Lei 5.194/1966 (que regula o exercício das profissões de engenharia e agronomia) , além de pertinente;

d) o art. 69 da Lei 5.194/1966 guardaria relação com o art. 58 do mesmo diploma legal ao impor que a admissão nas concorrências públicas para obras e serviços técnicos (bem como para concurso de projetos) de profissionais e pessoas jurídicas está condicionada à comprovação de quitação de eventual débito ou à apresentação de visto do Crea da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado.

e) o visto no Crea do local onde será realizada a intervenção, obra ou serviço, seria condição necessária para a própria contratação do interessado, porquanto seria no momento da habilitação que se deveria atestar a capacidade jurídica do licitante para adquirir direitos e contrair obrigações;

f) a exigência do aludido visto mostrar-se-ia razoável e proporcional, na medida em que afastaria a participação de empresas que se lançam em aventura concorrencial, atraindo aquelas que efetivamente teriam condições de executar o objeto licitado;

g) exigir o visto também propiciaria à empresa estatal maior desembaraço e agilidade na contratação, evitando atraso e delongas decorrentes do ulterior atendimento ao requisito de execução da obra, uma vez que tal exigência mitigaria eventuais atrasos no início das execuções contratuais decorrentes da ineficiência dos conselhos regionais na concessão dos vistos autorizativos; e

h) a impossibilidade de exigência do visto durante a fase de habilitação seria absurda na medida em que transferiria para o contratante o ônus de suportar atrasos na execução de suas obras e serviços, as quais, muitas vezes, seriam imprescindíveis para sua atividade no mercado concorrencial.

A Secretaria de Recursos emitiu pronunciamento pelo provimento do recurso, baseado no posicionamento do diretor da área, por entender que o art. 69 da Lei 5.194/1966 não teria sido revogado pela Lei das Estatais, estando vigente a possibilidade de exigência do referido visto na fase de habilitação das licitações realizadas por entes que são alcançados por aquele recente normativo.

Tal posição diverge da instrução da auditora que atuou no feito, cuja proposta de encaminhamento é no sentido de não conceder provimento ao recurso porque o citado artigo da Lei de 1966 teria sido revogado pelos diplomas legais posteriores que regulamentaram inteiramente as contratações efetuadas pela administração pública (Decretos-lei 200/1967 e 2.300/1968 e Lei 8.666/1993) . Por consequência, a exigência de visto do Crea do local de prestação dos serviços como critério de habilitação em licitações não teria amparo nas normas legais que regem as licitações e contratos.

Feita essa breve introdução, passo a decidir.

II

No mérito, alinho-me às considerações da auditora no que se refere à impossibilidade de provimento total do recurso. Quanto aos fundamentos para a minha decisão, pondero que a natureza jurídica da entidade motiva alguns ajustes pontuais no acórdão recorrido, por se tratar de um banco imerso no mercado concorrencial, que persegue o lucro.

A primeira questão levantada pelo recorrente é uma preliminar que se pauta na suposta ausência de interesse público da representação, em razão de não ter sido confirmado prejuízo à competição no certame licitatório.

Nesse aspecto eu acompanho as conclusões uníssonas da Serur e rejeito essa preliminar. De fato, não houve evidências de que as exigências indevidas de habilitação tenham resultado em prejuízo concreto à competição do certame. Isso, por si só, não descaracteriza a guarda do interesse público, objeto que merece a atuação deste Tribunal, e não interfere no dever desta Casa de apurar os indícios, já que as irregularidades estariam presentes e teriam potencial de macular a licitação, ainda que resultados posteriores convirjam para situações mais brandas.

A defesa do interesse público já se demonstra no simples apontamento deste Tribunal para evitar a repetição de exigências indevidas em futuros certames. Temos aqui a atuação preventiva deste colegiado.

III

No que se refere à possibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 à Lei das Estatais, essa preocupação só surge nos autos quando se constata que entre os fundamentos da decisão que ora se discute há a expressão: *"Considerando que a jurisprudência do Tribunal se firmou no sentido de que a exigência de registro ou visto no Crea do local de realização da obra licitada somente dar-se-á no momento da contratação, por ser restritiva, além de gerar custos na fase de licitação;"*.

Nesse particular, o recorrente tem razão em elucidar que há algumas diferenças nos propósitos e exigências de habilitação entre a Lei 8.666/1993 e a Lei 13.303/2016. Assim, há de se ter cuidado ao aplicar a jurisprudência já consolidada da antiga à mais recente. Como bem esclareceu o dirigente da Serur, esse ponto é secundário porque não existe uma lacuna na Lei das Estatais acerca dos critérios de habilitação. O artigo 58 do referido diploma legal dispõe sobre essas exigências.

Em assim sendo, proponho a alteração dos fundamentos jurídicos da ciência efetuada ao Banco do Brasil, de forma a compatibilizá-la com os normativos que regem a matéria, na mesma esteira do decidido pelo Plenário no bojo dos Acórdãos do Plenário 739/2020 e 873/2020.

IV

Prossigo no exame da possibilidade da exigência de apresentação do visto do Crea na localidade onde serão executadas as obras nas licitações regidas pela Lei das Estatais.

O recorrente cita os artigos 58 e 69 da Lei 5.194/1966 para embasar suas conclusões de que essa exigência seria legal e pertinente:

art. 58. Se o profissional, firma ou organização, registrado em qualquer Conselho Regional, exercer atividade em outra região, ficará obrigado a visar, nela, o seu registro. (...) .

art. 69. Só poderão ser admitidos nas concorrências públicas para obras ou serviços técnicos e para concursos de projetos, profissionais e pessoas jurídicas que apresentarem prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado.

Para melhor compreensão do tema, há uma diferença entre registro no CREA e obtenção do visto no CREA do local onde será realizada a obra. O artigo 59 da mesma lei estabelece que as empresas que exerçam atividades de engenharia, obras ou serviços, só poderão iniciar suas atividades depois de promoverem o competente registro nos conselhos regionais, bem como o dos profissionais do seu quadro técnico.

Já o artigo 58 da mesma lei complementa a possibilidade de um profissional ou sociedade empresária já registrado em um CREA específico, exercer sua atividade em jurisdição diversa daquela do conselho em que estiver inscrito, por meio da obtenção de um visto do registro no Crea local em que será exercida a atividade.

Nos termos do art. 14, § 1º, da Resolução 1.121/2019 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea) , o visto será concedido apenas no caso em que a atividade da pessoa jurídica não exceda 180 dias, o que permite o entendimento de que, caso se exceda esse prazo, a entidade deverá solicitar o registro na nova circunscrição em que atuará.

Até aí depreende-se que essas exigências, além de razoáveis e pertinentes, alinham-se ao arcabouço legal vigente. Há uma proteção legal e até constitucional ao exercício dessas atividades na medida em que os produtos delas interferem no bem-estar da sociedade e precisam ser reguladas por leis específicas.

Relativamente ao artigo 69, que dispõe sobre a exigência da apresentação desse visto durante a fase de habilitação das concorrências públicas, o Plenário do TCU entende que ele foi revogado tacitamente pelo Decreto-lei 2.300/1986, com fundamento no disposto no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, que assim estabelece: "*A*lei*posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a*lei*anterior*."

Deixo de tecer maiores considerações sobre esse assunto porquanto ele foi devidamente enfrentado recentemente pelo Plenário deste Tribunal reafirmando esse posicionamento, exatamente nos acórdãos que apreciaram os recursos que mencionei na introdução deste voto.

A meu ver, a questão principal a ser avaliada diz respeito à alegação do recorrente de que, adotado o entendimento do TCU, haveria atrasos no início de algumas intervenções relativas a obras e serviços de engenharia por ele executadas e que essa demora poderia vir a prejudicar o andamento de suas atividades de cunho eminentemente comercial e concorrencial.

A fim de corroborar sua tese, apresenta quadro com informações sobre quatorze licitações realizadas em 2018, cujo início das obras ou serviços teriam sofrido atrasos que variam de 11 a 47 dias, com média de 24 dias, em decorrência da não obtenção do visto no conselho regional onde seriam realizadas as obras (peça 19) . Os dados indicam também outras quatro licitações em que o vencedor foi desclassificado com a convocação do segundo colocado.

As razões recursais sugerem que esses atrasos se dariam por conta da inércia dos conselhos regionais respectivos na concessão dos vistos autorizativos. Nesse sentido, penso que eventual reforma no Acórdão 6.349/2019-TCU-1ª Câmara deveria ter como norte a preocupação de simplificar e agilizar o procedimento licitatório do banco, afinal a Lei das Estatais tem como um de seus pilares o ganho de eficiência para essas entidades em virtude da natureza destas.

No entanto, há de se ter muita cautela porque há várias evidências de que a exigência de visto no Crea local para fins de habilitação é uma condição que potencializa a restrição à competitividade e pouco agrega em termos de verificação da qualidade técnica da empresa que vai executar a obra ou serviço.

Não há razão lógica para se exigir de um conjunto de licitantes um visto que os autoriza a prestar serviços naquela localidade quando apenas um, o vencedor, executará o objeto. A depender do número de localidades que envolvam o certame e do porte da contratação, várias empresas não poderão suportar esse ônus, que se traduz em uma mera autorização, já que esse visto não mede a capacidade técnico operacional das empresas.

Menor número de empresas candidatas significa menor probabilidade de obtenção de uma proposta vantajosa para a administração em comparação a um cenário mais competitivo. Exatamente por esse motivo, a jurisprudência do TCU se consolidou no sentido de não ser razoável exigir esse documento na fase de habilitação, independentemente de se estabelecer se aquele artigo estaria revogado ou não, questão já superada neste voto.

Questão interessante foi trazida pelo **Ministro Benjamim Zymler** no voto condutor do Acórdão 739/2020-TCU-Plenário. Naquela decisão, ele avalia com propriedade que atrasos para emissão de vistos pelos conselhos regionais podem acontecer na fase de contratação e na fase de habilitação de um certame, ou seja, permitir a exigência de apresentação desse visto antes da assinatura do contrato pode vir a atrapalhar, inclusive, o andamento da licitação.

A solução, a meu ver, já foi encaminhada pelo Plenário quando este determinou o envio de cópia das decisões que tratam desse mesmo assunto ao Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, com posterior verificação desses pontos nas contas da entidade, nos seguintes termos que transcrevo do voto condutor da decisão supracitada:

58. Ou seja, cabe ao Sistema Confea/Crea dar cumprimento a essa norma de forma a dar previsibilidade ao particular que solicitar autorização para o exercício de atividade econômica. Ademais, prazos por demais extensos para a emissão de autorizações como as tratadas nestes autos, a exemplo daquele de 47 dias apontado pelo Banco do Brasil, podem ser considerados atentatórios contra o princípio do livre exercício da atividade econômica, o qual foi albergado no art. 2º, inciso I, da Lei 13.874/2019.

59. Em sendo assim, parece que a emissão de visto do registro no conselho regional em cuja jurisdição será exercida a atividade (art. 58 da Lei 5.194/1967) está a depender de maiores regulamentações do Confea, a teor do poder regulamentar a ele atribuído pelo art. 27, alínea "a" da Lei 5.194/1966.

60. Assim, será proposto o encaminhamento de cópia do presente voto ao Conselho Federal de Engenharia e Agronomia. Outrossim, entendo pertinente determinar à Segecex que averigue nas contas desse órgão referentes ao exercício de 2019 o cumprimento das disposições da Lei 13.874/2019 aplicáveis ao conselho.

Em conclusão, conheço do pedido de reexame para no mérito conceder-lhe provimento parcial a fim de conferir nova redação ao item 1.6 do Acórdão 6.349/2019-TCU-Plenário:

*1.6. dar ciência ao Banco do Brasil S.A., para que sejam adotadas medidas internas com vistas a evitar ocorrências semelhantes, de que a exigência, para fins de habilitação, de que a licitante comprove possuir inscrição ou visto no Conselho Regional Profissional da Unidade Federativa em que será executado o objeto, identificada na Licitação eletrônica 2019/00609, afronta o disposto nos arts. 37, inciso XXI, e 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal c/c o art. 58 da*Lei*13.303/2016;"*

Por todo o exposto, VOTO para que o Tribunal adote a minuta de acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de maio de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO

Relator

**Fragmentos do Inteiro Teor**

* ...constitucional de impossibilidade de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 a¿ Lei das Estatais (Lei 13.303/2016) , verifica-se que esta última legislação não...
* ...recorrido no sentido de aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 às licitações e contratações das empresas estatais viola o arts. 22, inciso XXVII e 173, §1º,...

keyboard\_arrow\_up