

RECURSO ORDINÁRIO N. 969323

Processo apenso: Denúncia n. **924255**
Recorrente: CEMIG Geração e Transmissão S/A
Jurisdicionado: Estado de Minas Gerais

Procuradores: Peter de Moraes Rossi - OAB/MG 42.337, Samantha Alice de Oliveira Bauer - OAB/MG 143.741, João Luiz Correia Rodrigues -OAB/MG 67.953, Marcos Porto Barbosa - OAB/MG 137.017, Severiana Celeste Lopes - OAB/MG 51.742, Ariosto Mila Peixoto - OAB/SP 125.311, Camille Vaz Hurtado - OAB/SP 223.302, Andréa Lúcia da Silva - OAB/SP 208.332 e outros

MPTC: Cristina Andrade Melo

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

DENÚNCIA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE 10% DO VALOR TOTAL DA CONTRATAÇÃO ESTIMADA PARA 60 MESES. IRREGULARIDADE. REALIZAÇÃO DE PREGÃO PARA O REGISTRO DO INTERESSE EM OFERTAR PROPOSTA DE SERVIÇOS. IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. CONTRATOS JÁ CELEBRADOS. VEDAÇÃO À REALIZAÇÃO DE ADITAMENTOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É irregular a exigência constante do edital de comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor total da contratação estimada para 60 meses.

2. A realização de “pregão para registro apenas do interesse em ofertar proposta de serviços”, bem como o prazo de validade de 60 meses estabelecido para a “ata de registro de interesse” é irregular, pois, embora amparados no Decreto Estadual n. 46.311/13, não estão previstos nas Leis Federais n. 8666/93 e n. 10.520/02, que regem a matéria, sendo vedada a criação de modalidade licitatória não prevista em lei, por meio de decreto.

Tribunal Pleno

1ª Sessão Ordinária – 08/02/2017

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pela CEMIG Geração e Transmissão S/A, por meio de seu procurador, senhor Peter de Moraes Rossi, em face da decisão proferida pela Primeira Câmara, na sessão de 11/8/15, nos autos da Denúncia n. 924255, mediante a qual este Tribunal julgou irregular o Pregão Eletrônico n. 500-J07165, substituído pelo Pregão n. 500-J07215, deflagrado pela recorrente, e determinou que os responsáveis pela entidade se abstivessem de aditar os contratos já firmados em decorrência do citado certame.

A decisão foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas – DOC em 26/10/15, fl. 830 da denúncia, sendo que foram intimados pela via postal o senhor Mauro Borges Lemos e a senhora Rosana Figueiredo de Carvalho, respectivamente presidente e gerente de Contratações de Serviços e Soluções da CEMIG, cujos Avisos de Recebimento foram juntados em 06/11/16 (fls. 837/838 da denúncia).

Requer a recorrente, em síntese, que o recurso seja admitido, nos efeitos devolutivo e suspensivo, e provido, para reformar a decisão anterior e julgar inteiramente improcedente a denúncia formulada (fls. 01/35).

A peça recursal foi protocolizada em 09/12/15 e o processo distribuído à conselheira Adriene Andrade, em 10/12/15 (fl. 37). Após a declaração de suspeição da então relatora para o recurso, em 17/12/15 (fl. 39), os autos foram redistribuídos ao conselheiro Gilberto Diniz, em 25/01/16 (fl. 41).

O relator, após autorizar a juntada da documentação de fls. 45/55, encaminhou o processo à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, que se manifestou às fls. 57/65, concluindo pelo não provimento do recurso.

O Ministério Público de Contas opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 66/71).

Em 28/11/16, o conselheiro Gilberto Diniz declarou-se suspeito, por motivo de foro íntimo, razão pela qual o processo foi distribuído à minha relatoria (fls. 72/73).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade

Considerando que a recorrente possui legitimidade recursal, que o recurso é próprio e tempestivo e que foram observadas as disposições legais e regimentais, conheço do presente recurso ordinário.

Ressalta-se que, por força de disposições legal e regimental expressas (art. 102, da Lei Orgânica e art. 334, do Regimento Interno, respectivamente), o recurso ordinário possui efeitos suspensivo e devolutivo, sendo despiciendo o pedido recursal de concessão dos referidos efeitos.

Mérito

Conforme destacado na decisão recorrida, a Primeira Câmara considerou irregular o Pregão Eletrônico nº 500-J07165, deflagrado para “registro de interesse” em ofertar propostas de serviços em caso de expectativa de demanda, para a prestação de serviços de manutenção eletromecânica, contemplando desmontagens, montagens, ajustes, ensaios, recuperação e fornecimento de materiais aplicados em reformas de equipamentos de usinas de geração de energia elétrica, em função das seguintes irregularidades: a) exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor total da contratação estimada para 60 meses; b) adoção da modalidade “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços”; e c) prazo de validade de 60 meses estabelecido para a “ata de registro de interesse”.

Determinou, ainda, a intimação do atual presidente da CEMIG e do responsável pelo setor de licitações da empresa para que se abstivessem de aditar os contratos já firmados em decorrência do certame em análise, bem como para que, nos novos procedimentos licitatórios, não incorressem nas mesmas irregularidades apuradas no exame da denúncia.

A) Da ilegalidade da modalidade “pregão para registro de interesse em ofertar proposta de serviço”

A Primeira Câmara considerou irregular a modalidade “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços”, pois, embora amparada no Decreto Estadual nº 46.311/13, não

está prevista nas Leis Federais nº 8666/93 e nº 10.520/02 que regem a matéria, sendo vedada a criação de modalidade licitatória por meio de decreto.

A licitação teve por objeto o “registro de interesse”, para que fossem registrados fornecedores que tivessem interesse em participar de futuras licitações, sendo que, quando viessem a ocorrer essas disputas, poderiam participar delas apenas os licitantes selecionados no “pregão para registro”.

O objeto das futuras licitações, a serem realizadas também na modalidade pregão, foi genericamente especificado como “prestação de serviços de manutenção eletromecânica contemplando desmontagens, montagens, ajustes, ensaios, recuperação e fornecimento de materiais aplicados em reformas de equipamentos de usinas de geração de energia elétrica”, não tendo havido maiores especificações dos itens componentes desse objeto, cujo preço global estimado fora fixado em R\$10.300.000,00 (dez milhões e trezentos mil reais).

Uma detida análise do ordenamento jurídico permite diferenciar, materialmente, o instituto do “pregão para registro de interesse”, que é, nos termos em que fora concebido pelo decreto estadual, um instrumento auxiliar do procedimento licitatório, muito mais próximo de uma mera qualificação cadastral, do “sistema de contratação” (instituto do registro de preço estabelecido pelo art. 15 da Lei nº 8.666/93) e da própria modalidade licitatória prevista no art. 11 da Lei n. 10.520/02.

Assim, a par da ilegalidade patente da criação por decreto de uma nova modalidade licitatória, caso se compreenda esse instituto auxiliar como uma modalidade de licitação, o que será apreciado mais à frente, no caso concreto, não foi possível aferir sequer justificativa plausível para a existência desse instrumento auxiliar ao procedimento licitatório, o “registro de interesse em ofertar serviços”. Destaque-se que estamos diante, em tese, de um objeto simples a ser contratado (serviço comum), sob pena da inviabilidade da própria modalidade licitatória escolhida (pregão), embora sejam serviços rotineiros, volumosos e de valores expressivos, a ensejar o objetivo pretendido: racionalização burocrática e garantia de execução. Ou seja, trata-se de objeto que poderia ser perfeitamente atendido por meio do sistema de registro de preços tradicional ou, quando muito, de uma modelagem adequada para fins de qualificação cadastral, desde que aderente ao princípio da isonomia, isto é, sem alijar da concorrência nenhum eventual interessado na execução das parcelas da demanda avaliada para o prazo de cinco anos.

De toda sorte, no que se refere à decisão propriamente dita, o recorrente aduz diversas alegações, que serão analisadas uma a uma, quais sejam: a incompetência do Tribunal de Contas para declarar inaplicabilidade de norma legal, a existência de expressa previsão legal do Sistema de Registro de Interesse, a competência do Estado de Minas Gerais para legislar sobre a matéria, firmando ainda um paralelo entre o registro de interesse e outros dispositivos (fls. 05/35).

A.1. Da alegação de incompetência do Tribunal de Contas para declarar a inaplicabilidade de norma legal

A recorrente aduz que o Tribunal de Contas “exacerbou” de sua competência, ao declarar entendimento de que a regra prevista no decreto estadual não encontraria respaldo na Lei n. 8.666/93 ou na Lei n. 10.520/02, que regem a licitação, (fls. 09/11). Diz conhecer a Súmula 347 do STF que lhe confere, no exercício de suas atribuições, o poder de apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, mas alega que o próprio STF vem revendo seus entendimentos e que tem decidido de maneira contrária à súmula.

O Órgão Técnico esclareceu não ter sido arguida inconstitucionalidade, mas suposta ilegalidade e que em seu entendimento “nunca se pode deixar de arguir a legalidade de um

decreto, senão não haveria razão para a existência de leis. Se a lei institui os conceitos gerais, qualquer condição regulamentadora não pode conflitar com esses conceitos legais” (fl. 60v).

Nos termos da Constituição Federal, o controle externo, a cargo do Legislativo, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, **quanto à legalidade, legitimidade, economicidade**, inclusive quanto à aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Assim, o Tribunal de Contas, como órgão de controle, tem o dever-poder de aferir a adequação e a compatibilidade das leis em face da própria Constituição, bem como dos atos do Poder Público em face das leis e da Constituição.

Ressalte-se que não se trata de eventual competência dos Tribunais de Contas para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos para fins de retirá-las do ordenamento jurídico, mas da óbvia função de interpretação-aplicação da norma, na qual está logicamente implícita a competência de aferir a compatibilidade e adequação sistêmico-normativa, ou em termos mais simples, de avaliar se as normas inferiores não contrariam ou não se incompatibilizam com as superiores.

Nesse sentido, verifica-se, por exemplo, o que ensina CAVALCANTI (1972:8):

Outra indagação é se o Tribunal de Contas pode deixar de aplicar um ato por inconstitucional. A resposta não me parece ser outra senão afirmativa. Tecnicamente, o processo de aplicação da lei conduz à verificação da constitucionalidade, e, portanto, verificado o conflito com a Constituição, deve esta prevalecer.

Exerce o Tribunal de Contas o controle de constitucionalidade usando apenas da técnica da interpretação que conduz à valorização da lei maior. Neste ponto tem aplicado o princípio da supremacia da Constituição. Não pode, entretanto, anular o ato, nem anular a lei, mas apenas deixar de aplicá-la por inconstitucional.

Ao Poder Judiciário cabe à competência privativa de declarar a inconstitucionalidade, mas, qualquer dos poderes responsável pela aplicação de uma lei, ou de um ato, pode deixar de aplicá-los quando exista um preceito constitucional que com eles conflite de maneira ostensiva, evidente. Privativo do Poder Judiciário é considerar inválido o ato ou a lei em face da Constituição. (grifo nosso)

Importante ressaltar que, em que pese a recorrente tenha apresentado um julgado do STF suscitando uma possível mudança de entendimento deste, a Súmula 347 que diz “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público” não foi revogada, restando legítima sua aplicação pelos Tribunais de Contas, conforme asseverado pelo Ministro Marco Aurélio:

2. Descabe a atuação precária e efêmera afastando do cenário jurídico o que assentado pelo Tribunal de Contas da União. A questão alusiva à possibilidade de este último deixar de observar, ante a óptica da inconstitucionalidade, certo ato normativo há de ser apreciada em definitivo pelo Colegiado, prevalecendo, até aqui, porque não revogado, o Verbete n. 347 da Súmula do Supremo. De início, a atuação do Tribunal de Contas se fez considerado o arcabouço normativo constitucional. (MS 31439 MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Decisão Monocrática, julgamento em 19.7.2012, DJe de 7.8.2012)

Isto posto, considerando que a decisão ora recorrida não se prestou a declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 46.311/13, retirando-o do ordenamento jurídico, mas a apreciar a compatibilidade do instituto do “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços”, rejeito a alegação recursal, haja vista que a Corte de Contas atuou dentro dos limites de sua competência.

A.2 Da alegação de existência de expressa previsão legal do Sistema de Registro de Interesse

A recorrente, amparada no art. 16 do Decreto Estadual n. 46.311/13, afirma que há expressa previsão legal para a utilização do sistema de registro de interesse e que, portanto, não pode prevalecer o entendimento desta Corte de que, segundo ela, “a regra do decreto estadual é letra morta – não existe no mundo jurídico” (fls. 07/09).

O Ministério Público de Contas, por outro lado, ressaltou que “não há previsão legal para utilização do sistema de registro de interesse em ofertar proposta. Tal sistema está previsto apenas em Decreto Estadual, que não se confunde com lei. Decreto e lei possuem conteúdo, finalidade e limite distintos” (fl. 68).

A Unidade Técnica apontou que “não se encontra na legislação respaldo para uma contratação ou um registro de preço para item inespecífico, sem quantificação, preço estimado e com vigência e empreitada também inespecífica” (fl. 58v), uma vez que o objeto da licitação fora definido de maneira genérica, sem constar no edital os itens que compõem o objeto, tendo sido estimado apenas um preço global. Ou seja, a licitante estabeleceu um montante para ser gasto na descrição genérica contida no primeiro edital, pretendendo realizar em sequência diversos pregões, cada qual podendo conter objetos variados, embora genericamente delimitados na descrição inicial, e isso até que o montante estimado para a contratação se esgotasse ou ainda que chegasse a termo o prazo de 60 meses de validade do registro de interesse.

Inicialmente cumpre esclarecer que, ao contrário do que afirma a recorrente, não consta na decisão ora recorrida que o “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços” seja letra morta, ou que não exista no mundo jurídico. A decisão do Tribunal, lastreando-se nas manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, reconhece, nos termos do Decreto Estadual n. 46.311/13, a existência desse instituto, mas o considera ilegal, uma vez que, não estando amparado nas Leis Federais n. 8.666/93 e n. 10.520/02, nem em outra lei estadual, teria criado uma nova modalidade licitatória.

Conforme assentou o Ministério Público de Contas, lei é um ato normativo primário e contém, em regra, normas gerais e abstratas, enquanto o decreto, por sua vez, é ato administrativo de competência exclusiva do chefe do Executivo, destinado a prover situações gerais ou individuais, pelo detalhamento das normas abstratamente previstas, de modo expresso ou implícito, na lei.

No direito pátrio, a diferença entre a lei e o regulamento não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei inova originariamente o ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas fixa, tão-somente, as regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos que constam expressa ou implicitamente na lei, dentro da órbita por ela circunscrita, isto é, detalha as diretrizes por ela determinadas.

A.3. Da alegação de competência do Estado de Minas Gerais para legislar sobre a matéria

Entende a recorrente que o Estado de Minas Gerais, ao disciplinar o “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços” por meio do Decreto Estadual n. 46.311/13, teria agido no exercício regular de sua competência para elaborar regras a respeito de licitação não colidentes com as editadas pela União (fls. 11/17).

Em minucioso parecer, o Ministério Público de Contas aborda adequadamente esse tema e distingue competência legislativa privativa, competência legislativa concorrente e competência legislativa plena (fl. 68v):

35. Legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos é competência privativa da União, inserida no rol do art. 22 da Constituição da República. Ou seja, sobre tal matéria leis estaduais e municipais não podem sequer dispor, pois lhes carece competência legislativa para tanto.

36. É o art. 24 da Constituição da República que prevê as matérias de competência legislativa concorrente entre União e Estados, ou seja, matérias que deverão ser disciplinadas de forma geral pela União e específica pelos Estados.

37. Ora, para a recorrente, seria irrelevante a distinção entre competência legislativa privativa e competência legislativa concorrente quando se trata de matéria licitatória, pois o próprio art. 22, inciso XXVII da Constituição da República afirma que a competência da União é justamente para editar normas gerais de licitação. Por isso, afirmou que “Estados e Municípios têm competência para elaborar regras a respeito de licitação desde que não colidentes com as editadas pela União a título de regramento geral”.

38. Ocorre que a competência legislativa plena é destinada a suprir a omissão da União apenas em matérias de competência legislativa concorrente.

Esclareceu ainda (fl. 68v):

39. Destaque-se que o disposto no § 3º do art. 24 da Constituição da República – segundo o qual “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades” – não alcança as matérias previstas no art. 22.

40. Dessa forma, seria inconstitucional a lei estadual, por invasão da competência legislativa privativa da União (art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República), que tratasse de normas gerais de licitação e contratos administrativos.

Com isso o *Parquet* concluiu que, ao contrário do afirmado pela recorrente, o Estado de Minas Gerais não pode legislar sobre normas gerais de licitação, nem mesmo para suprir eventual omissão da União (fl. 68v).

Afirmou que se o Estado de Minas Gerais não pode legislar sobre normas gerais de licitação, “menos ainda pode criar nova modalidade licitatória por meio de Decreto sob o pretexto de regulamentar o registro de preços previsto no art. 15 da Lei Federal n. 8.666/93” (fl. 68v).

Ocorre que o ponto fulcral do processo não consiste na existência ou não de competência do Estado para legislar sobre a matéria, até porque não há lei estadual em sentido formal e material que regulamente o instituto sob análise.

A abordagem da existência ou não de competência legislativa do Estado para legislar sobre a matéria em tela, na forma como empreendido pela ilustre representante do Ministério Público de Contas, sequer precisaria ter sido realizada.

Isto porque, conforme trabalhado no tópico anterior, o cerne da questão reside na própria ausência de lei, em sentido estrito, que ampare a modalidade licitatória em comento, estando prevista apenas em decreto estadual. Ressalte-se que, ainda que houvesse competência complementar, suplementar ou residual para o Estado legislar sobre o tema, o fato é que o decreto estadual que criou o instituto constituir-se-ia na verdade em grave usurpação pelo Executivo dessa competência, já que a função de instituir novas normas no ordenamento jurídico é exclusivamente do Poder Legislativo.

Em outras palavras, ainda que se admitisse a possibilidade de o Estado editar normas licitatórias não previstas pela União, tal circunstância dependeria da existência de lei em sentido formal e material, jamais podendo ser aceita a edição de decreto para tal fim.

Nesse sentido, parece-nos que o órgão fracionário da Corte de Contas, ao considerar o instituto auxiliar do procedimento licitatório (pregão para registro de interesse de ofertar proposta) como modalidade licitatória, fundamentou adequadamente sua decisão, pautando-a na irregularidade da previsão dessa nova modalidade licitatória por decreto, uma vez que ela não foi estabelecida em nenhuma lei.

A.4. Do paralelo firmado entre o registro de interesse e outros dispositivos legais

A recorrente, escorada em parecer juntado às fls. 44/55, alega, a título de exemplo, que o Estatuto de Licitações não previu a aplicabilidade do Sistema de Registro de Preços - SRP para serviços, mas apenas para compras. Entretanto, aduz que o Estatuto do Pregão, Lei n. 10.520/02, previu sua aplicabilidade para os dois e que a jurisprudência e a doutrina vêm demonstrando entendimento, em interpretação sistemática, de que o SRP é aplicável para compras e serviços inclusive na modalidade concorrência. O mesmo parecer cita a Intenção de Registro de Preços – IRP, instituído pelo Decreto Federal n. 7.892/13, regulamentador do SRP, como um “incremento da norma federal sem paralelo nas leis”, além de outros institutos como o “carona” e o da “abertura de nova possibilidade de lance, finda a licitação”, criados na regulamentação do SRP no âmbito federal (fls. 13/17).

Com relação a esse ponto, a Unidade Técnica entendeu que a recorrente cometera um equívoco ao comparar a IRP, instituído pelo Decreto Federal, com a figura do “registro de interesse em ofertar proposta” inserida pelo Decreto Estadual, esclarecendo que esta diferencia-se completamente daquela, uma vez que a IRP é direcionada aos órgãos participantes, enquanto que o “registro de interesse” é direcionado aos licitantes (fls. 60/60v).

Entendeu que a recorrente também haveria se equivocado ao citar a “abertura de nova possibilidade de lance, finda a licitação”, como prerrogativa contida no Decreto Federal, onde não se encontra, tendo sido o Decreto Estadual o criador de tal possibilidade, prevista para o SRPP (fl. 60v).

Nesse ponto, por tê-los como juridicamente corretos adoto como meus os fundamentos e conclusões já expostos pela Unidade Técnica.

Enfrentadas as alegações feitas pela recorrente, quanto à conclusão geral do tópico “A”, tanto o Órgão Técnico como o Ministério Público de Contas entenderam pelo não provimento ao recurso interposto, não cabendo alteração da decisão desta Corte de Contas que considerou irregular a modalidade “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços”, pois, embora amparado no Decreto Estadual n. 46.311/13, não está previsto nas Leis Federais n. 8666/93 e n. 10.520/02 que regem a matéria, nem em outra lei estadual qualquer, sendo, portanto, vedada a criação de modalidade licitatória por meio de decreto.

Assim, a conclusão a que chegou a Primeira Câmara de que, sendo o “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços” nova modalidade licitatória, ela não poderia ser instituída por decreto, já seria capaz de superar todas as demais alegações recursais, uma vez que os demais pontos tratam de aspectos acessórios da modalidade licitatória em questão, ou seja, de desdobramentos que estão necessariamente consubstanciados à validade do próprio procedimento.

No entanto, para que seja esgotada toda a matéria trazida pela recorrente, passo a abordar as demais alegações recursais.

B) Do prazo de 60 (sessenta) meses de validade da ata de registro do interesse e da exigência de comprovação do patrimônio líquido mínimo de 10% sob o valor total da expectativa de demanda estimada para 60 meses

A decisão recorrida tratou “do prazo validade de 60 meses da ata” juntamente com a análise da ilegalidade da modalidade “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviço”, tendo concluído pela irregularidade de ambos.

Quanto ao prazo de validade da ata de registro de interesse, a recorrente alega que: “a questão da possibilidade de fracionamento das aquisições toma proporções continentais quando avaliada pela distorcida lente da obrigatoriedade de manutenção dos preços por apenas doze, ao invés dos sessenta meses” (fls. 28v/29).

Apresenta novamente o art. 9º, §11 e o art. 3º, §3º do Decreto Estadual, observando que o registro de interesse não pode ser confundido com a ata de registro de preços (fl. 29).

Afirma que o referido Decreto e a Lei Federal n. 8.666/93 não estabelecem para a ata de registro de interesse o mesmo prazo de 12 (doze) meses que é estabelecido para a ata de registro de preços, sendo o Decreto Estadual silente quanto à validade da ata de registro de interesse (fl. 31).

Em função disso considera que (fl. 31):

Diante da omissão do legislador, criou-se a lacuna, a subsidiariedade na vertente da lógica jurídica, abrindo espaço para utilização do instituto da analogia e, via de consequência, aplicação da lei *mater* – a 8.666/93.

Nesse sentido, considerando que o procedimento é análogo à Pré-qualificação ao Credenciamento, previsto na Lei 8.666/93, e que ambos não têm estabelecido prazo de validade, por analogia a recorrente estabeleceu que a data de validade da Ata de Registro de Interesse é o saldo da quantidade indicada na expectativa da demanda.

A esse respeito explanou o Ministério Público de Contas, alegando novamente a ilegalidade do registro de interesse (fl. 67v):

Pelas razões já expostas na decisão recorrida também devem ser afastados o argumento de que a decisão confunde a ata de registro de interesse em ofertar proposta com a ata de registro de preços, bem como que a Lei Federal n. 8.666/93 e o Decreto Estadual n. 46.311/13 estabelecem a validade de 12 meses apenas para a “ata de registro de preços”, sendo omissos quanto à vigência da “ata de registro de interesse”.

De fato, a Lei Federal n. 8.666/93 não estabeleceu prazo de vigência para “o registro de interesse”, mas não o fez simplesmente por não ter previsto tal instrumento entre aqueles disponíveis para utilização da Administração nas contratações públicas.

Ou seja, a realização de pregão para o “*registro apenas do interesse em ofertar proposta de serviços*” e a celebração de “*ata de registro de interesse em ofertar proposta*”, tal como ocorreu no procedimento licitatório ora examinado, **não encontram previsão na Lei Federal n. 8.666/93 e na Lei Federal n. 10.520/02.** (grifo nosso)

Assim, concluiu que não há que se falar em omissão legislativa passível de ser suprida por analogia. E que a analogia está sendo utilizada pela recorrente, em verdade, para criar modalidade licitatória não prevista em lei.

Na linha de entendimento exaustivamente estabelecida, ressalta-se que sendo irregular a modalidade “pregão para registro do interesse em ofertar serviços”, também é irregular a referida “ata de registro de interesse”, uma vez ausente a previsão legal.

No presente caso, tem-se a seguinte redação do edital em comento (fls. 502/503 do Processo de Denúncia n. 924.255):

A presente Ata de Registro do Interesse em apresentar proposta para expectativa de demanda de material, vigorará enquanto houver saldo relativo à expectativa de demanda de **R\$ 10.300.000,00** (Dez

milhões e trezentos mil reais), indicada no Edital de licitação do Sistema de registro de preços permanente – SRPP, n. **MS/CS 500-J07215**. (Grifo original) (fls. 78)

Embora o edital não especifique a vigência dessa ata, os documentos de fls. 628/629 do Processo n. 924255 demonstram uma vigência de até 60 (sessenta) meses, tendo em vista que o valor acima descrito representa a expectativa de demanda para igual período.

Ainda que se admitisse esse instituto como assemelhado à pré-qualificação para fins de registro cadastral, não se poderia aceitar o prazo de validade de até 60 meses, uma vez que a lei é expressa quanto ao limite de validade desses registros (12 meses). Além disso, a possibilidade de prorrogação de contratos em até 60 meses ou a adoção excepcionalíssima desse prazo para a vigência de alguns contratos, também não se confunde com o período de validade da ata de registro de preço ou para fins cadastrais, que não poderia ultrapassar o estabelecido nas leis, qual seja, 12 (doze) meses.

Com relação ao patrimônio líquido exigido, esta Corte de Contas valeu-se da mesma análise realizada no Agravo n. 932523, para considerar irregular a exigência constante no edital de comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor total da expectativa de contratação estimada para 60 meses, uma vez que naquela oportunidade a defesa apresentara os mesmos fundamentos do agravo.

Na sessão do dia 29/10/14, o Tribunal Pleno afirmou, por unanimidade, que na exigência de patrimônio líquido mínimo como requisito de qualificação econômico-financeira “a base de cálculo deve ser o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo do contrato for superior a este período”.

No recurso ora examinado, assim como na Denúncia n. 924255, a recorrente tece argumentos para afastar as alegações da denunciante de que o patrimônio líquido exigido deveria ter como base de cálculo o valor de cada contratação isolada.

Discorre a recorrente que a bem do interesse público, toda e qualquer operação a ser realizada deverá ser suficientemente assegurada, formal, econômica e juridicamente. Alega que a exigência de patrimônio líquido se prende à garantia da capacidade financeira da empresa contratada em honrar a execução de serviços de grande vulto e **complexidade técnica** nas atividades de manutenção e recuperação de equipamentos pertencentes aos ativos de geração (fls. 17/28).

Ocorre que, conforme observado pelo Ministério Público de Contas (fl. 67), a decisão recorrida não adotou como razão de decidir a tese da denunciante, mas sim a fundamentação trazida pela Unidade Técnica e pelo próprio Órgão Ministerial para concluir que o valor utilizado como base de cálculo para o patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) deve ser o valor estimado da contratação pelo período de 12 (doze) meses, não de 60 (sessenta) meses.

A esse respeito, o Ministério Público de Contas reafirmou seu entendimento, também assentado na jurisprudência do STJ¹ e do TCU², de que apesar de o art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei Federal n. 8.666/93 autorizar a Administração a exigir das licitantes a comprovação de patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor total da contratação, tal valor deve ser calculado com base na prestação dos serviços pelo período de 12 (doze) meses (fl. 67v).

¹ RESP 474.781/DF. STJ – 2ª Turma. Relator Ministro Franciulli Netto. Publicado no DJ de 12/05/2003, p. 297.

² AC-1335-20/10-P Sessão: 09/06/10 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO.

Quanto a este tópico, o Órgão Técnico asseverou:

Conquanto torne-se inócuo o sistema de registro de preços, que se justifica pela irregularidade da demanda, afirma a Recorrente haver a possibilidade de se fazer uma contratação única, o que tornaria aceitável a exigência de comprovação de patrimônio líquido de até 10% do valor global relativo ao prazo de 12 (doze) meses e não do valor relativo ao período de 60 (sessenta) meses.

Deste modo, a Unidade Técnica e o Órgão Ministerial concluíram pela prevalência do entendimento firmado na decisão desta Corte de Contas, que considerou “irregular a exigência constante do edital de comprovação do patrimônio líquido mínimo de 10% do valor total da contratação estimada para 60 (sessenta) meses”.

Em se tratando do SRP, o art. 15, § 3º, inciso III, da Lei Federal n. 8.666/93 estabelece que a validade da ata de registro não pode ser superior a um ano. Consequentemente, a base de cálculo para a exigência de patrimônio líquido mínimo de 10% deve ser o valor estimado dos serviços igualmente para o período de 12 (doze) meses (fl. 67v).

Mesmo o questionável Decreto Estadual n. 46.311/13, em seu art. 9º, § 10, inciso I, também deixa claro que a validade dos preços ofertados não será superior a 12 (doze) meses (fl. 67v).

Assim, não restam dúvidas de que o valor de 10% do patrimônio líquido mínimo exigido para a habilitação dos concorrentes deveria ter sido calculado sob o valor total da demanda estimada para 12 (doze) meses e não para 60 (sessenta) meses.

Se a demanda estimada para 60 (sessenta) meses foi de R\$10.300.000,00 (dez milhões e trezentos mil reais), o montante para 12 (doze) meses seria de R\$2.060.000,00 (dois milhões e sessenta mil reais). Logo, o valor máximo que poderia ter sido exigido de patrimônio líquido mínimo para habilitação dos licitantes seria de R\$206.000,00 (duzentos e seis mil reais) e não de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Tal discrepância, à medida que evidencia a ocorrência de restrição da competitividade e de enfraquecimento da disputa, demonstra que a regra adotada contraria pressupostos basilares da licitação, notadamente a isonomia da concorrência.

Trago, por oportuno, a título de ilustração, diretrizes estabelecidas pela Lei n. 13.303/16, 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, segundo a qual, as licitações e contratos a serem realizados pela Administração devem pautar-se no fortalecimento da competitividade e na ampliação de participantes, como prevê o seu art. 32, incisos II e III:

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, **inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos**, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

III - **parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes**, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II; (...) (grifo nosso)

No presente caso, conforme destacado pela Unidade Técnica (fls.58/60), sequer foi divulgada a descrição dos itens para parcelamento do objeto relativo em cada futuro pregão. O objeto da licitação foi estabelecido de maneira genérica, sem que constasse no edital os itens componentes desse objeto. A isso se associa a modalidade licitatória escolhida para as futuras contratações dentre os previamente registrados, qual seja: o pregão. Nesse contexto, não faz o

menor sentido o argumento da recorrente de que se trata de atividade complexa a ser garantida pela solidez econômica do contratado. A própria modalidade escolhida pressupõe serviços, embora especializados comuns, e não complexos. Assim, a relevância a ser destacada está no volume de gastos com tais serviços (estimado em mais de dois milhões por ano). E é essa a referência que deve ser adotada, sob pena de macular, como de fato restou infringido, a isonomia competitiva.

Outro ponto que merece reflexão é o argumento de que tais serviços comuns possam ser demandados à totalidade logo no primeiro ano de vigência da ata de registro de interesse. Como a devida vênia, essa alusão à possibilidade de uma demanda projetada para cinco anos ser totalmente realizada em doze meses, ao contrário do que quer fazer crer a recorrente, induz na verdade ao raciocínio *prima facie* da inadequação do planejamento contratual ou desconhecimento do fluxo de demanda de área absolutamente operacional da empresa.

Ao que tudo indica, a recorrente utilizou-se do instituto do “registro do interesse em ofertar serviço” para se esquivar dos requisitos e limites legais do SRP, valendo-se de interpretação no mínimo inconsistente a produzir um resultado ou uso notadamente irregular da potencialidade desse instrumento auxiliar ao procedimento licitatório, conferindo-lhe feições de nova modalidade licitatória instituída pelo decreto estadual. E isso fica evidentemente demonstrado na expressiva elevação do valor do patrimônio líquido mínimo exigido dos pretensos interessados e no aumento, em mais de quatro vezes, do prazo máximo de duração do registro cadastral dos competidores, em franca ofensa à competitividade e à própria dinâmica de mercado, que razoavelmente aferida poderá trazer melhores condições contratuais para a empresa e seus acionistas.

Em face do exposto, restando demonstrada a irregularidade do instituto na forma como fora interpretado a caracterizar-se como nova modalidade licitatória “pregão para registro de interesse em ofertar proposta de serviço”, bem como de seus desdobramentos, rejeito todas as alegações recursais e mantenho na íntegra a decisão recorrida.

Por conseguinte, mantenho a determinação exarada na decisão no sentido de que o atual presidente da CEMIG GT S.A. e o responsável pelo setor de licitações da empresa se abstenham de aditar os contratos já firmados em decorrência do certame em análise, bem como que nos novos procedimentos licitatórios não incorram nas mesmas irregularidades apuradas no exame da Denúncia n. 924255.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, tendo em vista que as alegações apresentadas pela recorrente não têm o condão de alterar o entendimento sobre a matéria examinada, nego provimento ao presente recurso ordinário, mantendo a decisão prolatada pela Primeira Câmara, na sessão de 11/08/15, na qual foi julgada parcialmente procedente a Denúncia n. 924255, considerando irregular o Pregão Eletrônico n. 500-J07165, substituído pelo Processo n. 500-J07165, determinando que a CEMIG GT S.A. se abstenha de aditar os contratos já firmados em decorrência do certame em análise, bem como que nos novos procedimentos licitatórios, não incorra nas mesmas irregularidades apuradas no exame daquela denúncia.

Transitada em julgado e promovidas as medidas legais cabíveis, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** conhecer do recurso; **II)** negar provimento ao presente

recurso ordinário, mantendo a decisão prolatada pela Primeira Câmara, na sessão de 11/08/15, tendo em vista que as alegações apresentadas pela recorrente não têm o condão de alterar o entendimento sobre a matéria examinada; **III)** determinar o arquivamento dos autos, após o trânsito em julgado e promovidas as medidas legais cabíveis. Declarada a suspeição dos Conselheiros Gilberto Diniz e Wanderley Ávila.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão.

Presente à sessão o Procurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 08 de fevereiro de 2017.

SEBASTIÃO HELVECIO
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado eletronicamente)

ahw/MP

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coordenadoria de Sistematização e Publicação
das Deliberações e Jurisprudência**