

DENÚNCIA N. 932725

Denunciante: Renato Melo Arquitetura Ltda.
Denunciada: Secretaria de Estado da Cultura
Responsáveis: Marcia Reno Macedo, Amaure Maria Conceição Klausling, Eliane Denise Parreiras Oliveira
Procuradores: Pedro Pereira Júnior - OAB/MG 129.299, Daniel Soares Santana - OAB/MG 137.785, Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho - OAB/MG 50.684, Daniel Cabaleiro Saldanha - OAB/MG 119.435, Jason Soares de Albergaria Neto - OAB/MG 46.631, José Sad Júnior - OAB/MG 65.791, Renata Couto Silva de Faria - OAB/MG 83.743 e Valmir Peixoto Costa - OAB/MG 91.693
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

EMENTA

DENÚNCIA. TOMADAS DE PREÇOS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE REGISTRO DA EMPRESA LICITANTE JUNTO AO CREA OU AO CAU, CONSIDERANDO A SUA ATIVIDADE BÁSICA. POSSIBILIDADE. PREVISÃO DE OBRIGAÇÃO DE ALTERAÇÃO DO PROJETO PARA EVENTUAL AJUSTE NÃO CONFIGURA INDETERMINAÇÃO DO OBJETO. ESTABELECIMENTO DE PREÇO MÁXIMO NO EDITAL. FACULDADE DO GESTOR. AUSÊNCIA DE PLANILHAS DE PREÇOS UNITÁRIOS COMO ANEXO DO EDITAL. IRREGULARIDADE. DIVULGAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL E NA INTERNET, SEM COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO CERTAME, SUPRE AS EXIGÊNCIAS LEGAIS DE PUBLICIDADE. A AUTORIZAÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO DEVE SER DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. APLICAÇÃO DE MULTA ÀS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. O critério para a obrigatoriedade de registro da sociedade perante os conselhos profissionais é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.
2. É facultativa a inclusão no instrumento convocatório de cláusula estabelecendo o preço máximo a ser pago pelos bens ou serviços objetos do certame.
3. A divulgação do ato convocatório em portal eletrônico não desobriga a publicação no diário oficial, mas supre a exigência de veiculação em jornal de grande circulação.
4. A participação de empresas em consórcio nas licitações é excepcional, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.
5. A pesquisa de mercado, na forma prevista no inciso IV do art. 43 da Lei n.º 8.666/93, é mecanismo necessário para demonstrar a lisura dos atos administrativos que compõem a fase interna do procedimento licitatório, sendo admissível que a sua materialização se dê por meio de três orçamentos elaborados por empresas do ramo. O resultado dessa pesquisa constituirá o embasamento da estimativa da contratação, além de parâmetro para o julgamento da viabilidade das ofertas dos licitantes, em respeito aos princípios da economicidade e eficiência.

6. É fundamental que constem das cotações, além do montante global, o preço individual dos bens e serviços almejados, nos exatos termos dos arts. 7º, § 2º, II, e 40, § 2º, II, da Lei Nacional de Licitações e Contratos, sendo irregular a ausência de orçamento detalhado em planilhas de preços unitários como anexo ao edital da tomada de preços.

Primeira Câmara
16ª Sessão Ordinária – 13/06/2017

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia apresentada por Renato Melo Arquitetura Ltda., em face dos editais da Tomada de Preços n.º 03/2014 (Processo Licitatório n.º 2101681/000003/2014) e da Tomada de Preços n.º 04/2014 (Processo Licitatório n.º 1271005/000068/2014), da Secretaria de Estado de Cultura, que tiveram como objeto, respectivamente,

“a contratação de empresa especializada em desenvolvimento de projetos museográfico, luninotécnico e sinalização, incluindo o acompanhamento da montagem de todas as etapas para implantação do **Museu da Gruta Rei do Mato**, sendo sua área de 140m²”, e,

“a contratação de empresa especializada em desenvolvimento de projetos museográfico, luninotécnico e sinalização, incluindo o acompanhamento da montagem de todas as etapas para implantação do **Museu das Águas em Lambari/MG**.”

Recebida a denúncia, fl. 116, e distribuída a minha relatoria, fl. 117, determinei a intimação da Secretária de Estado de Cultura Eliane Denise Parreiras Oliveira, do Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças Amaure Kalusing e da Superintendente de Museus e Artes Visuais Márcia Renó, fl. 118.

Argumenta a denunciante que, nos editais, reproduzidos às fls. 26/54 e 70/101, exige-se que as empresas licitantes contenham registro ou inscrição em apenas um dos órgãos de fiscalização: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) ou Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU). Aduz que tal exigência é inadequada, que o registro deveria se dar perante os dois conselhos profissionais, que a especificação macularia os procedimentos licitatórios de ilegalidade insanável, causaria riscos à integridade das obras e, em última instância, à própria população. Assim, requereu a alteração dos atos convocatórios e, liminarmente, a suspensão dos certames.

Devidamente intimados, os responsáveis encaminharam a documentação de fls. 123/1270, referente às fases internas e externas dos procedimentos licitatórios, informando a adjudicação, a homologação dos certames e a assinatura dos contratos com as empresas vencedoras.

Considerando a celebração de contratos decorrentes das Tomadas de Preços n.º 03/2014 (fls. 751/765) e 04/2014 (fls. 1242/1263), indeferi o pedido de suspensão liminar, fls. 1272/1274, por constatar, em exame perfunctório, que as possíveis falhas descritas pelo denunciante, ainda que confirmadas, não teriam o condão de macular as licitações com o vício de nulidade.

Em manifestação inicial, fls. 1282/1286, o órgão técnico concluiu pela improcedência da denúncia, sugerindo o arquivamento dos autos, e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fls. 1289/1293, requereu aditamento à denúncia e a citação dos responsáveis.

No despacho de fls. 1294, determinei a realização da citação, que resultou na apresentação da defesa de fls. 1305/1317 e dos documentos que a acompanham, informando-se a rescisão unilateral dos contratos decorrentes das Tomadas de Preços em questão.

A unidade técnica, fls. 1355/1357, sugeriu o arquivamento dos autos sem resolução de mérito, sob a alegação de perda do interesse jurídico de agir em razão da rescisão dos contratos, pela ausência de dano ao erário, e pela expedição de recomendação aos gestores.

No parecer conclusivo de fls. 1359/1362, o *Parquet*, sem abordar o objeto da denúncia ou a rescisão dos contratos, opina pela procedência parcial, com base nas irregularidades indicadas em forma de aditamento, com aplicação de multa e emissão de recomendação aos responsáveis.

Em síntese, é o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A seguir, passo a apreciar as irregularidades apontadas na denúncia e no aditamento promovido pelo Órgão Ministerial, cotejando-as com as razões de defesa e o exame final da unidade técnica.

1. Não exigência de que as empresas interessadas fossem inscritas simultaneamente no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) e no Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU)

O denunciante aduziu que não se exigiu que as empresas interessadas fossem inscritas simultaneamente no CREA e no CAU, estabelecendo-se, no item 6.2.7.1 de ambos os editais:

“6.2.7.1 – Apresentação de Registro ou inscrição no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA ou no Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU, da Empresa licitante e de seu(s) responsável(is) técnico(s) da região a que estiverem vinculados.”

Argumentou o denunciante que tal dupla exigência seria decorrência lógica da previsão, contida no item 6.2.7.2.1, de que a equipe técnica fosse integrada por um arquiteto e um engenheiro, e que a sua falta acarretaria “grave violação à ordem jurídica vigente”, com ofensa à Constituição da República, às normas que regulamentam a matéria nos conselhos profissionais, riscos à integridade das obras e, via de consequência, da própria população.

Em análise preliminar, fls. 1282/1286, o órgão técnico concluiu pela improcedência da denúncia, nos seguintes termos:

“Após analisar os termos previstos no edital, as atas, e os demais documentos constantes dos presentes autos, essa 4ª Coordenadoria verificou que a denúncia não procede porque de acordo com o art. 1º da Lei n.º 6.839, de 30.1.80, o ‘registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros’.

Básica é a atividade fundamental, principal, a atividade-fim, o objetivo final da empresa, para cuja obtenção todas as demais atividades convergem. Portanto, uma empresa de arquitetura cuja atividade básica é a arquitetura, mesmo que tenha em seu quadro funcional engenheiro, advogado, médico contador dentre outros profissionais, somente estará obrigada a registrar-se junto ao CAU, o mesmo valendo para uma empresa de engenharia, uma firma de advocacia, uma clínica, uma firma de contabilidade, etc.”

Observa-se inicialmente que, na Lei n.º 6.839/80, que trata do registro de empresas nas entidades fiscalizadoras do exercício de profissões, consta expressamente que esta obrigação deve dar-se “em razão da atividade básica” desenvolvida. Neste sentido, pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. CREA. DESNECESSIDADE. ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. BENEFICIAMENTO DE MADEIRA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. **Conforme jurisprudência deste Tribunal Superior, ‘o critério legal para a obrigatoriedade de registro perante os conselhos profissionais, bem como para a contratação de profissional de qualificação específica, é determinado pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela empresa.’ (AgRg no REsp 1242318/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 19/12/2011)**

2. O Tribunal Regional, com base nos elementos probatórios da demanda, concluiu que as atividades descritas no contrato social da empresa não se enquadram nas atribuições relacionadas aos profissionais de engenharia, arquitetura e agronomia. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, reexame de matéria fática, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. Não se mostra possível discutir em agravo regimental matéria que não foi decidida pelo Tribunal de origem, tampouco objeto das razões do recurso especial, por se tratar de inovação recursal, sobre a qual ocorreu preclusão consumativa.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp n.º 360288, 1ª Turma, rel. Min. Sérgio Kukina, pub. 27/9/13) (g.n.)

Nas licitações, parte-se da premissa de que os requisitos de habilitação dos licitantes devem guardar pertinência com o objeto descrito no edital, sob pena de restringir a sua competitividade.

No presente caso, a exigência de apresentação de registro da empresa junto ao CREA ou ao CAU é justificável, uma vez que se mostra em consonância com os serviços a serem prestados, passíveis de execução por empresas que tenham atividade básica tanto nas áreas de engenharia ou quanto de arquitetura, desde que contem com profissionais habilitados para o desempenho de todas as atividades abrangidas pelo objeto do certame.

A mera exigência de que um engenheiro e um arquiteto integrem a equipe técnica não leva à presunção de que a licitante tenha obrigatoriamente que ser inscrita nos dois conselhos profissionais, uma vez que, nos termos da Lei Nacional n.º 6.839/80 e da jurisprudência nacional, além da ocupação principal, em razão da qual se dá o registro em conselho profissional, pode a empresa desenvolver outras atividades, de caráter acessório, contando com especialistas de outras áreas em seus quadros.

Assim, acorde com o órgão técnico, considero regulares as disposições editalícias examinadas neste tópico.

2. Indeterminação na definição do objeto

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas assinalou, às fls. 1289/1293, a insuficiência na definição dos objetos, em possível afronta ao princípio do julgamento objetivo, consubstanciada na especificação contida no quarto item do Título 9 dos Termos de

Referência, Anexo I, dos editais das Tomadas de Preço n.º 03/2014 e 04/2014, fls. 264v. e 806, respectivamente, a saber:

“Caberá à contratada realizar até 3 alterações nos projetos deste termo de referência.”

Argumentou o *Parquet*:

“Afinal, a referida previsão não define o tipo de mudança que a licitante vencedora estará autorizada a realizar nos projetos. Devido a tal indefinição, a escolha das alterações a serem feitas pode variar de acordo com o prestador do serviço. Nesse sentido, tornar-se-ia possível que houvesse modificação de aspectos relevantes presentes no projeto, além de, de maneira indireta, haver a diminuição do custo do serviço.”

Em sua defesa, fls. 1309/1310, os responsáveis, ponderando que o objeto dos certames está devidamente descrito no Título 4 dos Termos de Referência, informaram que os temas questionados se referem à obrigação das contratadas de promover as modificações requeridas pela Administração Pública, após debate entre as partes, conforme descrito nos itens XVIII e XIX do §2º da Cláusula Nona das minutas de contrato incluídas no Anexo IV dos dois editais, com o fim de “permitir a adequação dos projetos à especificidade de cada museu, sem que tal ajuste onere o Contratante”.

Com efeito, razão assiste aos responsáveis, uma vez que os itens sob análise não tratam de ampla permissão às contratadas de alterar unilateralmente os projetos ou itens do Termo de Referência, mas sim de obrigação, imposta a estas, de providenciar ajustes demandados pela Administração, precedidos de deliberação entre as partes, como forma de viabilizar adaptações pormenorizadas à finalidade de cada contrato, levando-se em consideração as particularidades do acervo dos museus, seus locais de instalação, entre outros pontos possivelmente detectados durante a execução dos serviços.

Isso posto, considero esclarecida a finalidade da especificação editalícia examinada e afasto o apontamento de impropriedade.

3. Ausência de estabelecimento de preço máximo

O *Parquet* apontou a ausência de cláusula estabelecendo a contraprestação máxima a ser aceita pela Administração pelos serviços objeto do certame. Argumentou que a sua previsão no edital seria obrigatória e não facultativa, conforme jurisprudência, e que sua omissão seria contrária ao disposto no inciso X do art. 40 da Lei n.º 8.666/93.

Os responsáveis, fls. 1310/1312, alegaram que a média dos preços praticados no mercado, apurados mediante cotação por empresas do ramo, equivale à maior quantia esperada pela Administração para os serviços licitados. Considerando que a Lei de Licitações autoriza, mas não impõe a fixação de valores máximos, afirmaram que “a Administração Pública Estadual vem realizando suas licitações pela utilização de preços de referência”.

De fato, observa-se que, no art. 40, X, da Lei n.º 8.666/93, a fixação de preços máximos é tratada como faculdade do gestor:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, **permitida a fixação de preços máximos** e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48” (g.n.)

Nesse sentido, julgado do Tribunal de Contas da União:

“Em que pese o mencionado dispositivo regulamentar definir que o edital de licitação para registro de preços contemplará, entre outros requisitos, o preço unitário máximo por contratação que a Administração se dispõe a pagar, **cabe ressaltar que a melhor interpretação dada ao artigo 40, inciso X, da Lei n. 8.666/93 é no sentido de que o referido dispositivo apenas faculta a fixação do preço máximo.** (...)”

11. É claro que sendo conhecidos os preços, é recomendável fixar os tetos máximos de aceitabilidade das propostas de preços, já que não traz qualquer prejuízo à licitação e propicia a todos os interessados o conhecimento antecipado do limite máximo que a administração, em tese, pretende pagar. (Acórdão nº 3.028/2010, 2ª C., rel. Min. Benjamin Zymler)” (g.n.)

Embora outros julgados considerem recomendável o estabelecimento do valor máximo a ser contratado pela Administração, exsurge indubitável a não obrigatoriedade de tal previsão, de forma expressa, nos instrumentos convocatórios.

Ademais, no caso em tela, constatei que os contratos celebrados em decorrência dos certames em análise (fls. 751/757 e 1242/1249) estabelecem preços inferiores aos valores de referência apurados nas pesquisas de mercado, não havendo indício de prejuízo ao erário.

Desse modo, afasto a impropriedade apontada.

4. Ausência de planilhas de preços unitários e do valor estimado das contratações

O Órgão Ministerial indicou como irregularidade complementar a inexistência de cláusula fixando o valor estimado da contratação, bem como de orçamento detalhado em planilhas, contendo os custos unitários dos produtos a serem adquiridos, como parte integrante do edital.

Em sua defesa, fls. 1310/1312, os denunciados afirmaram que a opção pela contratação por empreitada global deveu-se ao fato de que os serviços a serem prestados, projeto museológico, luminotécnico e sinalização, não se mensuram por quantitativo. Alegaram, ainda, que:

“Sendo um projeto vinculado em sua essência a outro, não há como distingui-los entre si, sob pena de os preços unitários fugirem da realidade e serem simplesmente colocados em planilhas sem qualquer correspondência com o que de fato se pagaria por eles.”

A pesquisa de mercado, na forma prevista no inciso IV do art. 43 da Lei n.º 8.666/93, é mecanismo necessário para demonstrar a lisura dos atos administrativos que compõem a fase interna do procedimento licitatório, sendo admissível que a sua materialização se dê por meio de três orçamentos elaborados por empresas do ramo. O resultado dessa pesquisa constituirá o embasamento da estimativa da contratação, além de parâmetro para o julgamento da viabilidade das ofertas dos licitantes, em respeito aos princípios da economicidade e eficiência.

Nesse sentido, é fundamental que constem das cotações, além do montante global, o preço individual dos bens e serviços almejados, nos exatos termos dos arts. 7º, § 2º, II, e 40, § 2º, II, da Lei Nacional de Licitações e Contratos.

Após exame da documentação acostada pelos responsáveis, conclui-se que não foram observadas as cautelas necessárias, uma vez que as cotações foram efetuadas por preço global, sem a especificação dos preços individuais dos projetos a serem executados, não constando planilha de estimativa de valores unitários na fase interna ou externa do processo licitatório, o que inviabilizou a comparação entre os valores praticados no mercado e aqueles a serem pagos pela Administração.

Ao contrário do que foi alegado pelos responsáveis, é possível e adequada a estipulação de preços unitários nas contratações por preço global, conforme ensina o administrativista Marçal Justen Filho, recorrendo a precedente do TCU:

“O TCU tem sido bastante severo quanto à exigência de orçamentos com preços unitários, mesmo quando se tratar de licitação por preço global. Nesse sentido, pode-se conferir manifestação de unidade técnica, que veio a ser acolhida no voto do Ministro relator Benjamin Zymler, no sentido de que, ‘mesmo em se tratando de empreitada por preço global, deve haver orçamento detalhado em planilhas contendo todos os custos unitários... E tal orçamento não constava dos autos do processo de licitação, sendo posteriormente fornecidos à equipe de auditoria...’ (Decisão nº 1666/2001, 1ª C.)” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 529)

Nesses termos, acolho a manifestação do *Parquet* e considero caracterizada a infração ao disposto nos arts. 7º, § 2º, II, e 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, e aplico multas individuais de R\$500,00 à Secretária de Estado de Cultura Eliane Denise Parreiras Oliveira, à Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças Amaure Maria Conceição Klausling e à Superintendente de Museus e Artes Visuais Márcia Renó Macedo.

Recomendo ainda ao atual gestor que, em futuros editais, elabore planilha de quantitativos e custos unitários, de modo a demonstrar a economicidade da contratação, balizar o valor da contraprestação e a avaliação das propostas apresentadas.

5. Publicidade insuficiente do edital

Arguiu o Ministério Público insuficiência na divulgação do instrumento convocatório, que teria sido publicado somente no Diário Oficial do Estado (fl. 273), faltando a comprovação da sua difusão por jornal de grande circulação, a teor do previsto no art. 21 da Lei de Licitações.

Os responsáveis, na contestação de fls. 1305/1317, afirmaram que “a publicação se deu no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, no portal de compras do Estado de Minas Gerais (www.compras.mg.gov.br) e no portal da Secretaria de Estado de Cultura (www.cultura.mg.gov.br), como normalmente se procede na Secretaria”, que a divulgação via *internet* teria atendido a finalidade legal de alcançar a todos os possíveis interessados, assinalando a participação no certame de empresa sediada na cidade de São Paulo.

Importante não olvidar que a Administração Pública está vinculada ao princípio da publicidade, conforme art. 37, *caput*, da Constituição da República. Nas licitações, o referido princípio é basilar, exigindo-se especificamente, na Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/11), a publicação, via *internet*, de documentação referente a todos os certames, a conferir:

“Art. 8º. É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º. Na divulgação das informações a que se refere o *caput*, deverão constar, no mínimo:

[...]

IV - Informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados.

[...]

§2º. Para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (*internet*).”

Como se pode observar, a legislação pátria determina que a divulgação do edital se dê por diversos meios, a fim de incrementar a participação e a competitividade do procedimento. É certo que a difusão do ato convocatório no portal eletrônico do órgão não desobriga a publicação no diário oficial, mas é razoável a sua equivalência à veiculação em jornal de grande circulação no Estado, suprimindo-se a exigência contida no art. 21 da Lei de Licitações.

Nesse sentido já se pronunciou este Tribunal, em decisão proferida na Denúncia n.º 848.261, de relatoria da Conselheira Adriene Andrade:

“LICITAÇÃO – DENÚNCIA – PREFEITURA – PREGÃO PRESENCIAL – CONVOCAÇÃO DOS INTERESSADOS – DIVULGAÇÃO – VULTO DA LICITAÇÃO – REGULARIDADE DO PREGÃO PRESENCIAL – ARQUIVAMENTO DOS PROCESSOS.

1) Visualiza-se que a convocação dos interessados, nos pregões presenciais, deve ser efetuada por meio de extrato de edital publicado no diário oficial do ente, contendo a descrição do objeto da licitação e a indicação do meio de obtenção da íntegra do instrumento convocatório. Se o procedimento licitatório for de vulto considerável, a divulgação também deve ser feita em jornal de grande circulação. Aliás, vale destacar que o Tribunal de Contas da União entende que essa divulgação em jornal de grande circulação deve ocorrer nas hipóteses em que o valor da contratação superar R\$160.000,00 (cento e sessenta mil reais), o que não é o caso dos autos. **Em qualquer hipótese, facultativamente, o edital pode ser divulgado em meio eletrônico.**” (g.n.)

Ademais, diante da ausência de indícios de dano à Administração Pública e aos possíveis concorrentes, conclui-se que a publicação do edital na forma como promovida não vicia o certame, hermenêutica corroborada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Licitação. Vinculação às Cláusulas Editalícias. Publicidade Somente no Jornal de Grande Circulação Local. Ausência de Prejuízo. Prevalência do Interesse Público. Lei 8.666/93 (art. 49). 1. **Demonstrada a suficiente abrangência publicitária da licitação e ausente alegação objetiva de prejuízo, prevalece o interesse público, como cancelador da legalidade do ato, perdendo significado a irregularidade ocorrida.** 2. Recurso sem provimento.” (STJ, REsp 287727/CE, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, julgado em 24/09/2002, DJ 14/10/2002 p. 190) (g.n.)

Diante do exposto, afasto a imputação de irregularidade.

6. Vedação à participação de consórcios

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em aditamento à denúncia, apontou como suposta impropriedade a ausência de justificativa no edital para a vedação de participação de empresas em consórcio, fls. 1289/1293.

Os denunciados aduziram que tal requisito é exceção e não regra, sendo autorizado pela Administração Pública somente quando demonstrado que existem poucas empresas no mercado aptas a executar o objeto do certame, o que não se aplica, *in casu*.

Razão assiste à defesa, uma vez que, do texto da Lei n.º 8.666/93, extrai-se ilação precisamente oposta ao apontamento ministerial, a conferir:

“Art. 33. **Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:” [destaquei]

O emprego, pelo legislador, da locução “quando permitida” evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos. Exatamente nesse sentido leciona o administrativista Marçal Justen Filho:

“É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., p. 476).

A propósito, os consideráveis riscos da banalização dos consórcios, que não passaram despercebidos pelo legislador, são também descritos em pormenor pelo referido autor:

“Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. **No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição.** Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade.” (Idem) [destaquei]

O caso em análise, que trata de projetos a serem elaborados por empresas de arquitetura e engenharia, presentes de forma numerosa no mercado, não envolve contratação extraordinária, conforme juízo do próprio órgão contratante.

Andou bem o órgão, portanto, ao restringir a participação de empresas consorciadas, prática potencialmente anticompetitiva e lesiva ao erário, e desestimulada na Lei Nacional de Licitações e Contratos.

Destaco, inclusive, que a excepcionalidade do consórcio encontra-se consolidada na jurisprudência das duas Câmaras deste Tribunal de Contas, conforme ilustram as decisões do Agravo n.º 951.782 e da Denúncia n.º 932.567 (sessão da Primeira Câmara de 26/5/15) e do

Agravo n.º 969.572 e da Denúncia n.º 958.975 (sessão da Segunda Câmara do dia 10/3/16), todos de minha relatoria.

Além disso, desde que observados os limites legais, a escolha da melhor forma de contratação cabe ao administrador, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade, resguardando-se a isonomia entre os licitantes, a vantajosidade para a Administração e a sustentabilidade como preservação do meio ambiente, nos termos do art. 225 da Constituição republicana e do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos.

Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, poder discricionário “é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 17ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Pág. 42).

Destaque-se que a vantajosidade envolve tanto o custo a ser arcado pela Administração quanto a prestação a ser executada pelo particular, numa relação de custo-benefício. Assim, ela deve ser examinada segundo diversos aspectos além do econômico. Nesse sentido, leciona Marçal Justen Filho:

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. [...]. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição, São Paulo: Dialética, 2012. Pág. 61).

Conforme exposto, não havendo sido indicada infração a norma legal ou regulamentar, afasto o apontamento de impropriedade.

III – CONCLUSÃO

Em razão do exposto, manifesto-me pela procedência parcial da denúncia e, com fundamento nas disposições do art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/08, aplicação de multa individual de R\$500,00 (quinhentos reais) à Secretária de Estado Eliane Denise Parreiras Oliveira, à Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças Amaure Maria Conceição Klausling e à Superintendente de Museus e Artes Visuais Márcia Renó Macedo, em face da infração ao disposto nos arts. 7º, § 2º, II, e 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, nas Tomadas de Preços n.º 03/2014 e 04/2014, consubstanciada na ausência de planilhas de quantitativos e preços unitários (item 4).

Recomendo também aos atuais gestores que, em futuros editais, elaborem planilhas de quantitativos e custos unitários de modo a demonstrar a economicidade das contratações, balizar os valores das contraprestações e a avaliação das propostas apresentadas.

Transitado em julgado o *decisum* e findos os procedimentos pertinentes, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em: **I**) julgar parcialmente procedente a denúncia; **II**) aplicar multa individual de R\$500,00 (quinhentos reais) à Secretária de Estado

de Cultura Eliane Denise Parreiras Oliveira; à Superintendente de Planejamento, Gestão e Finanças Amaure Maria Conceição Klausing; e à Superintendente de Museus e Artes Visuais Márcia Renó Macedo, em face da infração ao disposto nos arts. 7º, § 2º, II, e 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, nas Tomadas de Preços n.º 03/2014 e 04/2014, consubstanciada na ausência de planilhas de quantitativos e preços unitários (item 4), com fundamento nas disposições do art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/08; **III)** determinar a emissão das recomendações constantes do inteiro teor desta decisão; **IV)** determinar o arquivamento dos autos, após o trânsito em julgado do *decisum* e findos os procedimentos pertinentes.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 13 de junho de 2017.

MAURI TORRES
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado eletronicamente)

ms/mp

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coord. Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência**