

DENÚNCIA N. 898621

Denunciante: Inteligência Fiscal Eletrônica Municipal Ltda
Denunciada: Prefeitura Municipal de Pouso Alegre
Partes: Agnaldo Perugini, Prefeito Municipal à época, Fabrício do Prado Bittencourt, Pregoeiro à época, Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária Municipal de Educação à época, Geraldo Botelho Pacheco, Diretor de Controle Interno à época, Milton Alexandre Alves Neto, Diretor de Licitações à época, e Luiz Alberto Rodrigues
Procurador: Leandro Roberto de Paula Reis, OAB/MG 99.613
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PRELIMINARES. EXCLUSÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. MÉRITO. EXIGÊNCIA DE QUE PROFISSIONAL DE NÍVEL SUPERIOR POSSUA VÍNCULO FUNCIONAL COM A EMPRESA. DIVERGÊNCIA ENTRE A PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS E GLOBAL E A PESQUISA DE PREÇOS DE MERCADO. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. É desnecessário para comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o art. 30 §1º, I, da Lei n. 8.666/93, que o empregado possua vínculo empregatício por meio de Carteira de Trabalho e Previdência Social assinada, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum.
2. A pesquisa de preços é procedimento obrigatório e prévio à realização de procedimentos licitatórios, pois constitui a base para verificação da existência de recursos orçamentários suficientes para cobrir o pagamento de tais despesas, além de servir de parâmetro objetivo para julgamento das ofertas apresentadas, conforme previsto no art. 43, inciso IV, da Lei Federal n. 8.666/93.
3. A pesquisa de preços com apresentação de três orçamentos nem sempre é suficiente para demonstrar o preço médio de determinado item ou serviço no mercado, devendo o gestor responsável ampliar a consulta a quantidade significativa de fornecedores e valer-se também de preços registrados em procedimento licitatórios recentes de outros entes, de modo a ampliar e tornar mais representativa a pesquisa de mercado.
4. Cabe à Administração na fase interna do certame na modalidade pregão a elaboração da planilha estimada de preços unitários e global, com base em pesquisa de preços ou cotação de preços junto aos fornecedores que atuam no mercado, de forma a definir com precisão e clareza o objeto, a quantidade e o valor da licitação.

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia formulada pela empresa IFEM – Inteligência Fiscal Eletrônica Municipal, em razão de possíveis irregularidades no edital do Pregão Presencial n. 97/2013, realizado pela Prefeitura Municipal de Pouso Alegre, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para concessão de licença de uso de sistemas (softwares) de gestão em educação pública, bem como a prestação de serviços de instalação, parametrização, migração de dados, treinamento, suporte técnico e manutenção corretiva para a Prefeitura.

Após instrução processual, a Unidade Técnica emitiu relatório de fls. 397/410 e o Ministério Público manifestou-se preliminarmente às fls. 412/415v.

Os Srs. Agnaldo Perugini Prefeito Municipal à época e Fabrício do Prado Bittencourt, Pregoeiro à época, foram citados e apresentaram defesa às fls. 436/438 e 424/433, acompanhada dos documentos de fls. 439/821.

Os autos foram encaminhados à Unidade Técnica que às fls. 823/825 pugnou pela citação dos demais responsáveis nominados em epígrafe, que apresentaram defesas às fls. 834/836 (Milton Alexandre Alves Neto), 837/904 (Cleidis Regina Chaves Modesto) e 907/947 (Geraldo Botelho Pacheco).

Os autos retornaram ao Órgão Técnico para reexame, relatório às fls. 949/961, e ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para parecer conclusivo, fls. 963/967.

É, em síntese, o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1 – PRELIMINAR – Ilegitimidade Passiva

1.1 – Defesa do Sr. Geraldo Botelho Pacheco – Diretor de Controle Interno

O Sr. Geraldo Botelho Pacheco, Diretor de Controle Interno à época, alegou que a sua participação se limitou apenas e tão somente à elaboração da planilha de custos constante do processo licitatório e que não houve questionamento por parte do denunciante, do órgão técnico ou do Ministério Público com relação a esse ponto.

O defendente argumentou, ainda, que na qualidade de Diretor de Controle Interno estava subordinado ao Controlador Interno do Município e que não possuía autonomia para fiscalizar os procedimentos licitatórios, que à época eram realizados pela Secretaria Municipal de Administração a quem competia zelar pela legalidade dos certames por meio de seus servidores técnicos e de sua assessora jurídica.

Citou a competência da Controladoria Geral do Município, estabelecida na Lei Municipal n. 5.296/2013, para demonstrar que a elaboração de Planilha de Custos não é função típica do defendente e foi realizada a pedido de seu superior hierárquico (Controlador Geral) em razão de possuir formação em contabilidade e experiência na elaboração de planilha de custos.

Desse modo, o defendente afirmou que não pode figurar no polo passivo da presente denúncia, pois, conforme demonstrado, não praticou qualquer ato no certame que tenha sido objeto de questionamento nos presentes autos.

Análise

A Unidade Técnica considerou parcialmente procedentes os argumentos da defesa, nos seguintes termos:

Quanto à defesa do Sr. Geraldo Pacheco Botelho, verifica-se ser esta razoável, vez que a sua responsabilidade se limita à confecção da planilha de custos constante do processo licitatório, não sendo razoável, pois, lhe imputar responsabilidade pela não anexação desta planilha no edital, responsabilidade esta que deve ser atribuída ao subscritor do edital. Todavia, o defendente deve ser responsável pela elaboração da planilha de fl.176, objeto de questionamento no tópico 4.3 deste estudo.

Isso posto, considerando a irregularidade constatada no valor da planilha de custos unitários assinada pelo defendente, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, não acolho a preliminar de exclusão da relação processual do Sr. Geraldo Botelho Pacheco.

1.2 – Cleidis Regina Chaves Modesto – Secretária Municipal de Educação à época

A Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, afirmou que sua responsabilidade como Secretária Municipal de Educação à época se limitou à fase inicial do Pregão n. 97/2013, com a solicitação de abertura de procedimento licitatório, assinatura do termo de referência, justificativa da necessidade de contratação e declaração que havia dotação orçamentária e expectativa financeira para suportar a contratação.

Segundo a defendente, o termo de referência tratou de matéria exclusivamente técnica e foi elaborado pelo setor de TI e Processamento de Dados da Prefeitura Municipal de Pouso Alegre, que é ligado diretamente à Secretaria de Administração do município.

Afirmou que a Secretaria de Educação não tem responsabilidade sobre os procedimentos licitatórios realizados no município, tampouco ela tem qualquer responsabilidade pelas irregularidades apuradas na presente denúncia, pois cabe à Secretaria de Administração realizar as licitações da prefeitura, conforme determina o art. 21, inciso v, da Lei Municipal n. 5.296/2013, o que se confirma pelo fato do Pregão n. 97/2013 estar assinado pelo Sr. Fabrício do Prado Bitencourt, Pregoeiro vinculado à Secretaria de Administração.

Análise

A Unidade Técnica concluiu o seguinte acerca da responsabilização da defendente:

Quanto à defesa da Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, fls. 837/860, Secretária de Educação do Município de Pouso Alegre à época, entende esta Unidade que a mesma procede em parte, vez que as irregularidades constantes do edital não são de sua responsabilidade por não ter sido subscrito por ela, mas, sim, pelo Pregoeiro, Sr. Fabrício do Prado Bittencourt, razão pela qual não é razoável que sejam imputadas a ela as irregularidades previstas no edital de licitação, mas deve ser responsabilizada pelos atos praticados na fase interna do certame e pelas irregularidades apuradas no termo de referência, subscrito por ela, em que pese tratar de assunto técnico, pois quem assina um documento é responsável por ele.

Analisando o caso em tela, constata-se que não foram apuradas irregularidades no edital que possam ser atribuídas à Secretária Municipal de Educação, todavia, conforme será apreciado no mérito, a defendente participou da elaboração do termo da fase interna do certame em especial da elaboração do termo de referência e portanto, pode ser responsabilizada por irregularidades vinculadas à essa fase do certame.

Assim, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, não acolho a preliminar de exclusão da responsabilidade da Sr. Cleidis Regina Chaves Modesto.

1.3 – Agnaldo Perugini, Prefeito Municipal à época

O Sr. Agnaldo Perugini, Prefeito Municipal à época, alegou que todos os apontamentos dizem respeito a questões técnicas constantes no processo licitatório do Pregão Presencial n. 97/2013, porém ele não praticou nenhum ato administrativo neste processo, ou seja, não

houve por parte a prática de qualquer ato em nenhuma das fases, preliminar, interna ou externa, do certame em tela.

Afirmou, ainda, o seguinte:

Além do mais, o prefeito municipal delegou competência aos Secretários Municipais de Administração, Adjunto de Administração e de Educação, por meio dos Decretos de Delegação de Competência n. 4032/13, 4126/13 e 4037/13 respectivamente, para ordenar despesas e firmar todos os contratos em nome do Município, no âmbito da Secretaria Municipal, assinado notas de empenho, instrumentos contratuais, supervisionar e fiscalizar os serviços que lhe são pertinentes, incluindo todos os departamentos ligados à Secretaria Municipal, bem como todas as competências relacionadas no §1º do artigo 72, da Lei Orgânica Municipal e na Lei Municipal n. 5.296/2013.

Deste modo, todos os atos referentes às delegações de competências ficam sob a inteira responsabilidade dos referidos agentes públicos, que estão obrigados a obedecer, cumprir, todas as normas constitucionais e legais e princípios que norteiam os atos administrativos, contratos e operações de sua área, em especial da moralidade, publicidade, legalidade, eficiência, lisura, preservação do patrimônio, bens e haveres da municipalidade.

[...]

Ora, se este e. Tribunal entende que não deve haver responsabilização da autoridade delegante que não praticou qualquer ato, é de se concluir então, que a autoridade delegante sequer deve figurar como legitimado passivo nestes autos, sendo, portanto, irregular a sua inclusão no polo passivo.

Análise

A Unidade Técnica concluiu pela exclusão da responsabilidade do prefeito neste caso, conforme trecho do relatório abaixo destacado:

Quanto à defesa do Sr. Agnaldo Perugini, Prefeito do Município de Pouso Alegre à época, a alegação é de que não lhe é atribuível responsabilidade quanto às irregularidades apontadas, por haver delegado parte da sua competência aos Secretários Municipais de Administração, Adjunto de Administração e de Educação, por meio dos Decretos de Delegação de Competência nº 4032/13, 4126/13 e 4037/13, respectivamente.

Faz parte dos autos do processo, às fls. 439/442, os Decretos nº 4032/13, 4037/13 e 4126/13, nos quais restou delegada a competência para ordenar despesa, firmar contratos, assinar empenhos, instrumentos contratuais, supervisionar e fiscalizar serviços aos Secretários Municipais de Educação e Administração e seu Ajunto, no âmbito de suas respectivas secretarias. Ademais encontra-se às fls. 510/511 as Portarias nºs 3051/13 e 3011/13, nas quais nomeiam-se o Pregoeiro e os membros da Comissão Permanente de Licitação.

O Tribunal de Contas da União contém farta jurisprudência no sentido de culpa in vigilando (decorrente da falha ou missão do dever de fiscalizar, no exercício do controle interno, que é inerente às atribuições e prerrogativas do administrador público) e de culpa in eligendo (que resulta da responsabilidade do gestor público em relação à escolha dos seus prepostos). A exemplo cita-se o Acórdão 1.247/2006 – TCU – 1ª Câmara:

Sumário: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. NEGADO PROVIMENTO.

1. A delegação de competência não transfere a responsabilidade para fiscalizar e

revisar os atos praticados.

2. O Prefeito é responsável pela escolha de seus subordinados e pela fiscalização dos atos por estes praticados. Culpa **in eligendo** e **in vigilando**.¹ (Grifos originais)

Essa Unidade Técnica vem entendendo que o gestor público somente poderá ser responsabilizado subjetivamente pelos atos praticados pela Comissão de Licitação quando concorrer para as irregularidades por culpa *in eligendo* e, ao homologar o certame, por culpa *in vigilando*, ratificando os procedimentos adotados.

Acerca da questão tratada, cumpre colacionar decisão recente desta Corte de Contas:

RECURSO ORDINÁRIO N. 851.244 - RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO — PREFEITO MUNICIPAL — INSURGÊNCIA CONTRA IMPUTAÇÃO DE MULTA — PROCEDIMENTO LICITATÓRIO — IRREGULARIDADES — I. RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO GESTOR PÚBLICO — CULPA *IN ELIGENDO* E CULPA *IN VIGILANDO* — II. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME — APROVAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS — III. RECURSO IMPROVIDO — MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA

O gestor público pode ser responsabilizado subjetivamente pelos atos praticados pela comissão de licitação, uma vez que concorre para as irregularidades por culpa *in eligendo* e, ao homologar o certame, por culpa *in vigilando*, ratificando os procedimentos adotados.²

No entanto, este Órgão Técnico entende que a irregularidade advinda do presente objeto, qual seja, a contratação de empresa especializada para a concessão de licença de uso de sistemas (softwares) de gestão em educação pública, não exige domínio específico sobre o assunto, sendo assim não seria razoável atribuir culpa *in eligendo* ao Prefeito Municipal, vez que ele delegou parte de suas funções ao Pregoeiro junto à uma equipe de apoio habilitada para lidar com o presente objeto, além das outras delegações para atos administrativos diversos. Portanto, não há qualquer indício de que o Pregoeiro e sua equipe, designados pelo Prefeito, não tivessem plenas condições técnicas para o exercício das suas atribuições, tampouco ficou demonstrado que o Prefeito não praticava a verificação dos atos de seus subordinados ou delegatários, nos limites de suas atribuições como chefe do Executivo (*culpa in vigilando*).

Destaca-se, também, que não houve homologação do certame por parte do Prefeito, já que a Secretária Municipal de Educação fora responsável pela prática do referido ato, fl. 798.

Nessa tangente, importa-se destacar o entendimento do Exmo. Conselheiro Mauri Torres, na apreciação do Recurso Ordinário nº 862533, sessão plenária do dia 19/03/2014:

No entanto, as irregularidades ensejadoras da aplicação de multa dizem respeito à condução do certame licitatório, função exercida pelos membros da Comissão Permanente de Licitação, signatários da Carta Convite e da Ata de Julgamento da Licitação.

Nesse contexto, a responsabilidade pelas falhas não poderia ter sido atribuída ao Prefeito, à época, conforme fixado na decisão vergastada. A meu juízo, não é

¹<https://www.google.com.br/search?q=Ac%C3%B3rd%C3%A3o+1.247%2F2006-TCU-1%C2%AA+C%C3%A2mara&oq=Ac%C3%B3rd%C3%A3o+1.247%2F2006-TCU>

² <http://revista.tce.mg.gov.br/content/upload/materia/2462.pdf>

razoável exigir que a autoridade máxima da entidade política, ao homologar o resultado da licitação, confira todas as assinaturas constantes na ata de julgamento ou o estrito cumprimento de cada um dos prazos previstos na legislação de regência, sobretudo porque, na ata de julgamento, há parecer jurídico que atesta o cumprimento do disposto na Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, afasto a responsabilidade do Senhor Osvaldo Teixeira de Oliveira, ex-Prefeito de Gameleiras, devendo ser reformada a decisão que lhe aplicou multa. Tendo em vista que os Senhores Deraldo José de Oliveira, Valdivino Ferreira Sousa e Anair Antunes Sousa, membros da Comissão Permanente de Licitação, não foram citados, não podem ser responsabilizados pelas falhas apuradas. (Grifo nosso)

Diante do exposto, considerando que o Prefeito Municipal de Pouso Alegre não assinou o edital e não homologou o certame, entende esta Unidade Técnica que as alegações apresentadas pelo Sr. Agnaldo Perugini são procedentes, não cabendo, assim, a responsabilidade dele pelas irregularidades apuradas pelo Órgão Técnico e pelo Órgão Ministerial.

Isso posto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, acolho a preliminar e excluo a responsabilização do Sr. Agnaldo Perugini, Prefeito Municipal à época.

2 - MÉRITO

Passo ao exame das irregularidades apuradas na apreciação da presente denúncia com relação ao Pregão Presencial n. 97/2013:

2.1 – Ilegalidade pela exigência de a licitante possuir profissionais em seu quadro funcional com vínculo empregatício

O Sr. Fabrício Prado Bittencourt, Pregoeiro, fls. 424/433, alegou que “ O dispositivo final do item 9.3.9.1 permite qualquer ‘outro meio legal hábil à comprovação exigida’”, sendo esta a “da composição do profissional nos quadros funcionais”.

O Sr. Milton Alexandre Alves Neto, Diretor de Licitações à época, alegou que o item 9.3.9 do edital não seria exigido na fase habilitatória, mas sim na contratação; e que o item 9.3.9.1 prevê que a comprovação pode se dar por “outro meio legal hábil”, fl. 834.

A defesa da Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária Municipal de Educação à época, fls. 837/860, sustentou, em síntese, que o item 9.3.9.1 do edital exige que o profissional componha o quadro funcional e não o quadro permanente da empresa, podendo aquele ser atribuído ao profissional autônomo que possua vínculo funcional com a empresa por meio de contrato de prestação de serviço ou congêneres.

Análise

A Unidade Técnica manteve a irregularidade apontada, nos seguintes termos:

O edital dispõe:

9.3.9. Indicação do profissional responsável pela equipe técnica, que prestará os serviços, cuja qualificação mínima deverá ser comprovada por certificado em:

- Formação superior ou especializado em áreas da Tecnologia da Informação.

9.3.9.1 O profissional listado no item 9.3.9 deverá compor os quadros funcionais da proponente no momento da contratação. Os documentos para a comprovação poderão ser cópia do livro de registro de empregados ou do registro da carteira de trabalho e previdência social (para empregados), registro comercial da contratada (para sócios) **ou outro meio legal hábil à comprovação exigida.** (Grifei)

Necessário esclarecer que a questão rebatida se refere não ao momento da comprovação, mas à natureza do vínculo exigido pela cláusula.

Quanto à alegação de que o edital permite “outro meio legal hábil à comprovação exigida”, esta não merece prosperar, pois o edital deve conter regras claras e precisas de forma a não gerar dúvidas aos potenciais licitantes.

Assim, ratifica-se o estudo técnico de fls. 397/410, para considerar irregular a exigência de que o profissional responsável seja empregado ou sócio da empresa licitante, sem contemplar a possibilidade do profissional autônomo.

Isso posto, considerando que no edital não foi admitida a hipótese de contratação de profissional autônomo, por meio de contrato de prestação de serviços, para execução do objeto licitado e que o referido instrumento convocatório exigiu que o profissional de nível superior comprovasse vínculo funcional com a empresa, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, considero que houve afronta ao disposto no artigo 30, § 1º, I da Lei 8.666/93, devendo ser sancionado o Sr. Fabrício Prado Bittencourt, Pregoeiro e signatário do edital.

2.2 – Ausência de clareza de itens do instrumento convocatório

O edital dispõe (fl. 223):

1.2.2 Todos os serviços de instalação de máquinas e conversão de dados deverão ser realizados em prazo máximo de **40 (TRINTA) e 70 (SESENTA)** dias respectivamente, a contar da emissão da ordem de serviços. (grifado)

No exame inicial da denúncia, a Unidade Técnica constatou que cabia razão à denunciante quanto à incoerência da exigência dos prazos, vez que é exigido um prazo de 40 (quarenta) dias em grafia por numeral, e contraditoriamente um prazo de 30 (trinta) dias em grafia por extenso.

O mesmo ocorre ao se exigir um prazo de 70 (setenta) dias em grafia por numeral, e contraditoriamente um prazo de 60 (sessenta) dias em grafia por extenso.

Defesa

O Sr. Fabrício Prado Bittencourt alegou que se trata de erro material e que devem prevalecer os prazos grafados por extensos nos prazos fixados para implantação do objeto licitado.

O Sr. Milton Alexandre Alves Neto afirmou que a divergência foi retificada no edital antes da realização da sessão pública do pregão presencial.

A defendente, Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária de Educação à época, sustentou, em suma, fls. 837/860, que não se trata de erro capaz de comprometer a lisura do certame, uma vez que há entendimento jurisprudencial no sentido de que, no caso de divergência entre a grafia em numeral e a por extenso, deve prevalecer a grafia por extenso, sendo, pois, trinta e sessenta dias, a partir da ordem de serviço, para a instalação de máquinas e conversão de dados, respectivamente.

Análise

A Unidade Técnica considerou procedentes os argumentos dos defendentes e sanou a irregularidade inicialmente apontada, nos seguintes termos:

Registre-se, inicialmente, que não houve a comprovação da retificação da cláusula em exame, conforme afirmou o Sr. Milton Alexandre Alves Neto, razão pela qual referida defesa não procede.

Em que pese o edital deva conter regras claras e precisas de forma a não gerar dúvidas aos potenciais licitantes, tem-se que as alegações das defesas, no sentido de que se trata

de mero erro material e de que deve prevalecer a grafia por extenso, mostram-se razoáveis, pois a divergência entre o valor numérico e por extenso é uma incongruência que constitui mero erro material e que há a prevalência do valor por extenso, conforme entendimento jurisprudencial neste sentido, a conferir³: TJ-AM – Apelação APL 06236655420138040001 AM 0623665-54.2013.8.04.0001; TJ-RJ-APELAÇÃO APL 00042410720138190212 RJ0004241-07.2013.8.19.0212; TJ-PR – Agravo de Instrumento AI 4509135 PR 0450913-5; TJ-SP – Agravo de Instrumento AI 99000933805510 SP; TJ-PA – Apelação APL 00007461820118140000 BELÉM.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica altera o seu entendimento anterior, não reconhecendo a irregularidade em tela.

Isso posto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, considero que o erro material não maculou o certame.

2.3 – Divergência entre o valor da planilha de custos e o valor da pesquisa de mercado

Registro que no relatório técnico inicial, além da irregularidade destacada em epígrafe, foi apontada, ainda, a ausência de divulgação da planilha de custos unitários e valor global da contratação como anexo do edital. Todavia, conforme já me manifestei em outras assentadas, considero que na modalidade licitatória pregão não é obrigatória a divulgação da planilha como anexo do edital, bastando que ela consta da fase interna do certame, conforme previsto no inciso III do art. 3º da Lei n. 10.520/2002, motivo pelo qual, desde já, desconsidero tal apontamento.

Com relação à divergência entre o valor da planilha de custos e o valor da pesquisa de mercado, o relatório técnico inicial apontou o seguinte:

Ademais, ressaltou a divergência entre o valor médio apurado em sede de pesquisa de mercado R\$ 1.338.879,33 (um milhão, trezentos e trinta e oito mil, oitocentos e setenta e nove reais e trinta e três centavos), fls. 166/175, e o valor total estimado para a contratação R\$606.194,81 (seiscentos e seis mil e cento e noventa e quatro reais e oitenta e um centavos), fl. 176.

Defesa

O Sr. Fabrício Prado Bittencourt, pregoeiro à época, alegou, em suma, o que se segue, fls. 430/431:

Por fim, destaque-se que não obstante a ausência de planilha de preços anexa ao Edital, o Município realizou cotação de preços no mercado e elaborou minuciosa planilha de preços unitários e do valor estimado da contratação que integram o processo administrativo e ficaram fazendo parte do Pregão Presencial 97/2013, fls. 59/67.

Já com relação à divergência existente entre a planilha de preços unitário e do valor da pesquisa de mercado, não há que se falar em ilegalidade pela sua simples divergência.

Ora! Se o Município realizou a cotação de mercado e, para garantir que aqueles preços apresentados eram fiáveis realizou minuciosa planilha de preços unitários e global que, embora divergindo dos preços de mercados apresentados, garantiu uma contratação exequível e gerou uma economia considerável aos cofres públicos, não há que se falar em qualquer ilegalidade. Em verdade, ficou demonstrada a importância de a Administração

Pública ter em seus quadros profissionais qualificados para a correta elaboração da planilha de custos, que pode gerar considerável economia nas contratações públicas.

O Sr. Milton Alexandre Alves Neto, Diretor de Licitações, ressalta a inexistência de determinação legal contida no Decreto n. 3555/2000 e na Lei n. 10520/2002 acerca da necessidade de fazer constar do edital do pregão o orçamento estimado em planilhas de custos unitários, bem como aponta as decisões exaradas no âmbito do Tribunal de Contas de União nesse mesmo sentido, fls. 834/836.

A Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto menciona o posicionamento do Tribunal Pleno dessa Corte de Contas, esposado na decisão do Recurso Ordinário n. 876.182, a qual aponta para não obrigatoriedade, no pregão, de fazer constar como anexo do edital o orçamento estimado em planilha de custos unitários e valor global. Ademais, cita-se o posicionamento da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que orienta a manutenção do sigilo sobre o preço da contratação (fls. 837/860).

Análise

A Unidade Técnica manteve a irregularidade quanto à divergência entre a planilha e a pesquisa de preço de mercado, conforme trecho do reexame abaixo destacado:

Conforme narrado no desenvolvimento da análise ora apreciada, a ampla pesquisa de preços tem papel crucial no âmbito do processo licitatório, sendo exigível não apenas por preciosismo legal, mas em razão da sua essencialidade, haja vista ser impossível que a Administração aufera a proposta mais vantajosa sem conhecimento claramente delineado das ofertas do mercado.

Insta observar que, acerca dos critérios, fórmulas e meios de se auferir o valor de referência, a Lei de Licitações é silente, ficando a cargo da doutrina a exposição de técnicas capazes de conduzir ao referido valor. Nesse sentido, salutar colacionar as lições didáticas extraídas da Seleção de Estudos e Instruções de Licitações e Contratos⁴:

Diante de uma sequência de cotações, pode-se adotar a média aritmética, mediana, moda (pouco utilizado) ou menor das cotações. Tomemos o exemplo abaixo para ilustrar a situação.

Numa cotação para subsidiar procedimento licitatório para aquisição de canetas esferográficas, foram coletados 5 orçamentos: A = 0,35, B = 0,43, C = 0,48, D = 0,56 e E = 0,83. Para construção do preço de referência, a Administração tem a opção de adotar a média aritmética, mediana ou a menor das cotações, desprezando ou não os valores extremos.

Cotação	Valor (R\$)	Média (5) (R\$)	Média (3) (R\$)	Mediana (R\$)	Menor (5) (R\$)	Menor (3) (R\$)
A	0,35	0,53	0,49	0,48	0,35	0,43
B	0,43					
C	0,48					
D	0,56					
E	0,83					

Percebam que seria possível adotar 5 valores diferentes como referência, a depender da metodologia utilizada. Não podemos dizer que exista uma opção

⁴ 11º Congresso Brasileiro de Pregoeiro, 6ª Edição, Curitiba: Instituto Negócios Públicos do Brasil, 2016

melhor que outra. Vai depender de diversas variáveis. Se foram orçamentos coletados no mercado, resultados de licitação, fornecimentos recentes, etc.

Nota-se que existem diferentes metodologias a serem adotadas pela Administração quando da busca pelo valor de referência para Licitações, a depender do objeto e das especificidades do caso em concreto.

Verifica-se às fls. 165/175 a cotação de preços, sendo que o mapa de apuração se encontra disposto à fl. 175, a conferir:

Fornecedores	Valor total da cotação de preços
Associação Transparência Municipal – ATM – TEC	R\$1.494.300,00
Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – Fundação CPQD	R\$1.145.102,00
Vivver Sistemas LTDA.	R\$1.377.236,00
Valor médio R\$1.338.879,33 (um milhão e trezentos e trinta e oito mil e oitocentos e setenta e nove reais e trinta e três centavos)	

Não obstante a aferição do valor médio ora destacado pela Administração, conforme tabela de fl. 175, na página seguinte, fl. 176, consta nova tabela assinada pelos Srs. Geraldo Botelho Pacheco e Milton Alexandre Alves Neto, respectivamente, Diretores de Controle Interno e de Licitação, fora alcançado o montante de R\$606.194,81 (seiscentos e seis mil e cento e noventa e quatro reais e oitenta e um centavos), sem que seja possível depreender a metodologia aplicada para tanto, haja vista a impossibilidade de atingir tal quantia pelos métodos acima apresentados.

Dessa forma, tem-se que se mantém a irregularidade quanto à divergência auferida na pesquisa de preços constante da fase interna do certame, sendo os responsáveis o Sr. Geraldo Botelho Pacheco e o Sr. Milton Alexandre Alves Neto.

Diante do exposto, de acordo com a manifestação da Unidade Técnica, considero irregular a divergência entre a planilha de preços unitários e global e a pesquisa de preços de mercado, devendo ser aplicada multa aos signatários da planilha Srs. Geraldo Botelho Pacheco e Milton Alexandre Alves Neto, documento à fl. 176.

2.4 – Indício de direcionamento do certame

O Ministério Público junto ao Tribunal aditou a denúncia e apontou outras irregularidades dentre as quais a seguinte:

Ressai das justificativas apresentadas para contratação de sistema de gestão escolar, ainda que não contenham as especificações do sistema, a evidente intenção da Administração de contratar a Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações.

Todas as experiências de sucesso relativas à utilização de software de gestão escolar foram retiradas do sítio eletrônico da Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações (fls. 158/164), **única licitante** e vencedora do certame (fls. 390/394). Aludido direcionamento atenta, pois, contra o tratamento isonômico que deve ser conferido a todos os eventuais interessados.

A aquisição de licenças de uso de softwares, bem como a prestação de serviços de instalação, parametrização, migração de dados, suporte técnico, e manutenção corretiva, são considerados bens e serviços comuns (art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei

10.520/2002), e, portanto, amplamente disponíveis no mercado⁵. Há também a opção pela adoção dos softwares livres⁶, o que sequer foi tratado na justificativa sob análise.

[...]

No presente caso, é manifesto na justificativa o juízo opinativo acerca da solução mais adequada fundado apenas em contratos da Fundação CPqD – Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações e direcionado para sua futura contratação.

Diante do exposto, uma vez que os documentos de fls. 146/164 constituem fortes indícios de direcionamento da contratação, constata-se a violação da Lei Federal n. 8.666/93, art. 3º, §1º, inc.I.

Defesa

Em sede de defesa, o Senhor Fabrício do Prado Bittencourt, Pregoeiro à época, manifestou-se dizendo não ter participado da elaboração da justificativa, a qual teria sido elaborada pela Secretária de Educação. Alegou ainda que a utilização dos casos de sucesso retirados do site da CPqD não macula o processo licitatório, tampouco tem o condão de torná-lo ilegal ou direcionado, fls.424/433.

A defendente, Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária de Educação à época, alegou que não há cláusula editalícia que prejudique o caráter competitivo do certame, que afaste eventuais proponentes ou direcione o objeto para alguma empresa. Ademais, a responsável sustentou que, se acaso fosse a intenção da Administração Municipal de Pouso Alegre contratar com o CPqD, poderia fazê-lo por meio de dispensa de licitação fundamentando-se no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, como fizera o Tribunal Superior do Trabalho, dentre outros, fls. 837/860.

Os demais responsáveis, Sr. Milton Alexandre Alves Neto e Sr. Geraldo Botelho Pacheco, Diretores de Licitação e Controle Interno à época, não apresentaram justificativas quanto a esse ponto.

Análise

A Unidade Técnica considerou pertinente o apontamento do *Parquet* com relação ao direcionamento do certame, conforme trecho do relatório técnico abaixo destacado:

⁵ Segundo informações ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software no ano de 2013 foram identificadas aproximadamente 11.232 empresas atuando no setor de software e serviços, sendo aproximadamente a metade dedicadas à distribuição e comercialização. Disponível em: Mercado Brasileiro de Software: panorama e tendências, 2014 - 1ª. ed. - São Paulo: ABES - Associação Brasileira das Empresas de Software, 2014.

(<http://central.abessoftware.com.br/Content/UploadedFiles/Arquivos/Dados%202011/Publicac%CC%A7ao-mercado-abes-2014.pdf>)

⁶ Segundo definição de Rohrmann (ROHRMANN, Carlos Alberto. Curso de Direito Virtual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.241):

O *software* livre é um tipo de programa de computador comercializado de forma alternativa ao chamado “*software* proprietário”, ou seja, aos programas de computador que são licenciados, a título oneroso, e que mantêm a proteção dos direitos autorais ou do regime do *copyright*.

O *software* livre é distribuído por meio das chamadas *General Public Licenses – GPLs*, que autorizam a utilização e a própria melhoria no código-fonte, sob condições tais que as eventuais melhorias feitas por terceiros sejam disponibilizadas na forma de código-fonte, para que tais inovações possam ser integradas, novamente, aos programas de computador e, desta forma, fiquem disponíveis para que os outros as possam conhecer.

Compulsando os autos, verifica-se a procedência do apontamento ministerial, uma vez que, de fato, a justificativa para abertura da Licitação em exame discorre sobre os feitos bem sucedidos do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPqD. relacionados à gestão da educação, bem como contém em anexo notícias referentes aos casos de sucesso extraídos do sítio eletrônico da própria empresa.

Soma-se a isso, o fato já analisado por essa Unidade Técnica referente à divergência entre o valor estimado para a Licitação e o valor médio alcançado na pesquisa de mercado, fls. 175/176. Causa estranheza que o CPqD tenha apresentado como proposta, para fins de pesquisa de mercado, o valor de R\$1.145.102,00 (um milhão, cento e quarenta e cinco mil, cento e dois reais), fls. 168/171. Posteriormente, na sessão do pregão o seu lance fora de R\$970.000,56 (novecentos e setenta mil reais e cinquenta e seis centavos), atingindo o patamar de R\$ 706.420,00 (setecentos e seis mil, quatrocentos e vinte reais) fls. 711/719. Por fim, após negociações, chegou-se ao valor final de R\$606.194,81 (seiscentos e seis mil, cento e noventa e quatro reais e oitenta e um centavos), sendo este o valor estimado pela Administração e o valor pelo qual a licitante (Fundação CPqD) sagrou-se vencedora, fls. 817/818.

Ademais, além das inconsistências acima delineadas, constata-se que a sessão do Pregão Presencial n. 97/2013, fl. 715/716, contou com a participação, tão somente, de uma licitante, a Fundação CPqD.

Dessa forma, as alegações dos defendentes não foram suficientes para desconstituir os diferentes indícios de conluio entre a Administração de Pouso Alegre e a Fundação CPqD.

No presente caso, embora os responsáveis tenham alegado a realização da devida pesquisa de mercado, a qual supostamente teria garantido a economia para os cofres públicos ao se considerar a diferença entre o valor inicialmente proposto e aquele ajustado ao final, é possível constatar que a pesquisa de mercado foi falha, sendo que a própria licitante apresentou preços disparatadamente diversos em cada uma das fases do procedimento licitatório, conforme retro demonstrado, chegando ao final no preço médio estimado pela Administração, e, por conseguinte, à propalada “economia”.

Salienta-se, ainda, a argumentação defensiva relativa à possibilidade de contratar com a Fundação CPqD, por meio de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei de Licitações, apresentando-se como referência casos em que tal fato ocorreu, fls. 899/904. Nesse quesito, importante mencionar que, para fins de enquadramento no referido regramento, o objeto deve ser estritamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, ou seja, não se trata de possibilidade genérica e cabível em qualquer serviço prestado pela Fundação CPqD.

Tendo em vista que, no caso em concreto, o objeto não guarda relação com a pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional, científico e tecnológico da Secretaria de Educação, não haveria possibilidade de enquadramento nos requisitos definidos pelo Tribunal de Contas da União, dispostos na Súmula nº 250, a saber:

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivos entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Discorreram também as defesas acerca da inexistência de prejuízo ao caráter competitivo do certame. Ora, sendo a cidade de Pouso Alegre considerada a segunda maior do Sul de Minas, bem como ante a existência de aproximadamente 11.232 empresas atuando no setor de software e serviços, sendo aproximadamente a metade dedicadas à distribuição e comercialização, informações contidas no parecer de fl. 414, tão somente a Fundação

CPqD participou da licitação, que, por si só, não configura irregularidade, mas fornece forte elemento indiciário para o conluio em comento.

A propósito, insta colacionar decisão desta Casa, *in verbis*:

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS DE ANÁLISE DA PROPOSTA TÉCNICA. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. DIRECIONAMENTO A DETERMINADO LICITANTE.

(...)

4. É possível aferir o direcionamento do procedimento licitatório quando o conjunto indiciário dos autos demonstrar que as irregularidades cometidas tiveram o intuito de favorecer determinada empresa ou grupo de pessoas.

(...)

(Denúncia nº 880439. Rel. Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Sessão do dia 31/05/17)

Assim, a par de tais considerações, é possível admitir que um conjunto consistente de indícios pode se tornar evidência. Os Tribunais Superiores e o TCU têm considerado válida, em determinadas circunstâncias, a utilização de “prova indiciária”. Nesse sentido, é importante valorizar o conjunto robusto de indícios (prova indireta), apreciando-o conjuntamente. Assim, a literatura internacional (OCDE, 2006), tem recomendado que:

A melhor prática é utilizar as provas indiretas de forma holística, dado o seu efeito cumulativo, em vez de tomá-las individualmente [...].

Existem dois tipos gerais de provas indiretas: provas indiretas de comunicação e provas indiretas econômicas. A prova indireta de comunicação entre concorrentes é considerada a mais importante.

Em trabalho elaborado por Franklin Brasil Santos e Kleberon Roberto de Souza⁷ tem-se o seguinte entendimento:

A jurisprudência brasileira e os precedentes internacionais, portanto, atestam que as provas indiretas são amplamente aceitas por diversas autoridades para comprovar a atuação de cartéis em licitações. O fundamental seria não abordá-las isoladamente, sob pena de depreciar o acervo probatório. Os elementos coligidos devem ser **apreciados em conjunto**, de forma a permitir que as evidências e suas circunstâncias esclareçam-se mutuamente.

Conclui-se, pois, que há elementos indiciários suficientes para atestar que houve conluio entre a Administração e o Centro de Pesquisa e Desenvolvimento em Telecomunicações – CPqD.

De fato, concordo com a conclusão do *Parquet*, corroborada pelo Órgão Técnico, de que a justificativa para aquisição do sistema de gestão em educação pública sugere a ocorrência de um direcionamento para a contratação da empresa única participante no certame em tela. Todavia, releva destacar que não foi apontada a ocorrência de sobrepreço advindo do direcionamento que tenha ensejado dano ao erário no caso em análise, sendo a irregularidade identificada passível de multa à Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária de Educação à época, responsável pela elaboração da justificativa para a contratação, documento de fls. 146/157.

⁷ In Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

2.5 – Pesquisa de preços insuficiente

O Ministério Público de Contas apontou ausência de ampla pesquisa de preços, pois considerou não ser suficiente a juntada dos três orçamentos de fls. 165/174, uma vez que existem cerca 11.232 empresas atuando no setor de software e serviços de acordo com a Associação Brasileira das Empresas de Software – ABES. Destacou ainda a possibilidade de serem utilizados outros meios de pesquisa para aferição do valor médio praticado em contratações semelhantes pelo Estado.

Acerca do tema, o *Parquet* de Contas citou decisão do Tribunal de Contas de União em sede do julgamento do Acórdão 2816/2014, do qual extrai-se o entendimento de que:

É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos. (negrito do texto)

Defesa

O Sr. Fabrício do Prado Bittencourt alegou que a pesquisa de preços foi realizada de forma ampla, o que permitiu aferir tecnicamente o valor do serviço contratado e gerou economia para os cofres públicos.

A Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto afirmou, em síntese, que houve a devida pesquisa de preços na fase interna do certame com elaboração de planilha de custo altamente detalhada, em que se levou em consideração diversos itens para composição do custo final. E mais, que *“o município conseguiu obter o valor real e justo da contratação, evitando a formação de Cartel e conluios por parte das empresas prestadoras daqueles serviços, motivo pelo qual não há que se falar em qualquer irregularidade”*.

Os Srs. Milton Alexandre Alves Neto e Geraldo Botelho Pacheco, Diretores de Licitação e Controle Interno à época, não apresentaram justificativas quanto a esse item.

Análise

A Unidade Técnica considerou procedente o apontamento do *Parquet* e entendeu que no caso em tela a pesquisa de preços em três fontes mostrou-se insuficiente, conforme trecho do relatório de reexame abaixo destacado:

Entende essa Unidade Técnica que, no caso em concreto, de fato, mostrou-se insuficiente a pesquisa de mercado junto a 3 (três) empresas, tendo em vista que, após realização da referida pesquisa de mercado, o valor médio encontrado fora de R\$1.338.879,33 (um milhão trezentos e trinta e oito mil, oitocentos e setenta e nove reais e trinta e três centavos), preço diverso daquele estimado para a licitação em análise, qual seja, R\$606.194,81 (seiscentos e seis mil, cento e noventa e quatro reais e oitenta e um centavos), valor este que foi negociado, posteriormente pelo Pregoeiro e a única licitante, Fundação CPQD, que concordou em readequar sua proposta comercial ao mesmo valor da planilha de composição de custos elaborada pela Administração, fls. 715/719.

A propósito, segue o entendimento do TCU⁸ que orienta como realizar a pesquisa de preços no mercado, a conferir:

⁸ Acórdão TCU 5.323/2010 – 1ª Câmara – 31/08/2010.

1.7.1.1. ausência de orçamento do objeto a ser contratado com base em uma "cesta de preços aceitáveis", oriunda, por exemplo, de pesquisas junto a cotação específica com fornecedores, pesquisa em catálogos com fornecedores, pesquisa em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas de RP e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas, expurgados os valores que, manifestamente não representem a realidade do mercado e, ainda, devidamente detalhado a ponto de expressar a composição de todos os seus custos unitários; (negrito nosso)

Considerando, pois, a divergência encontrada entre o preço médio alcançado após pesquisa de mercado e o preço estimado para a contratação, o Órgão Técnico faz coro com o Ministério Público de Contas que entendeu pela ausência de ampla pesquisa de preços.

Acerca da apresentação de três orçamentos para embasar a pesquisa de preços de mercado, destaco a recente decisão da Segunda Câmara, proferida na sessão do dia 07/06/2018, nos autos da Representação n. 959061, *in verbis*:

Coaduno-me ao entendimento do Representante no sentido de que **nem sempre a consulta a três fornecedores é capaz de demonstrar o preço médio praticado no mercado.**

Essa situação ocorre, sobretudo, quando a pesquisa afere preços díspares. Evidente que uma pesquisa que apresenta grande variação entre os preços deve ser ampliada, haja vista que uma diferença percentual representativa não pode expressar corretamente o preço médio praticado no mercado. O resultado, nesses casos, é a estimativa do valor da contratação superestimado, antieconômico, ferindo o princípio da vantajosidade.

Mas, por que a praxe é a pesquisa de preços junto a, no mínimo, três fornecedores?

A Lei de Licitações e, também a Lei do Pregão, não trazem previsão nesse sentido, ou seja, quantos orçamentos devem compor a pesquisa de preços. Mas, pela praxe administrativa, acatada pelos órgãos de controle, admite-se o mínimo de três preços.

Essa posição, aliás, é pacífica na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consoante se vislumbra do Acórdão n. 2531/2011, do qual transcrevo excerto:

No caso de não ser possível obter preços referenciais nos sistemas oficiais para a estimativa de custos em processos licitatórios, deve ser realizada pesquisa de preços contendo o **mínimo de três cotações de empresas/fornecedores distintos**, fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado. Caso não seja possível obter esse número de cotações, deve ser elaborada justificativa circunstanciada. (g.n.)

Na mesma esteira, o Acórdão n. 3.219/2010:

A jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 3.506/2009-1ª Câmara, 1.379/2007Plenário, 568/2008-1ª Câmara, 1.378/2008-1ª Câmara, 2.809/2008-2ª Câmara, 5.262/2008-1ª Câmara, 4.013/2008-1ª Câmara, 1.344/2009-2ª Câmara, 837/2008-Plenário e 3.667/2009-2ª Câmara, é no sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado, previamente à fase externa da licitação, é uma exigência legal para todos os processos licitatórios, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, **consistindo essa pesquisa em ter um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos**. Se não for possível obter o número razoável de cotações, faz-se necessária a apresentação de justificativa. (g.n.)

Assim, verifica-se que aquela Corte aceita o mínimo de três preços na composição da pesquisa. Destarte, atualmente, vem recomendando a ampliação das formas de pesquisa,

não devendo restringir, apenas, aos potenciais fornecedores, mas observando **as disposições da IN n. 05/2014, que, inclusive, prevê a obrigatoriedade de um mínimo de três ou mais preços,** obtidos por meio de um ou mais parâmetros entre aqueles previstos nos incisos I a IV, do art. 2º, exigível na esfera federal.

Vejamos a redação do § 2º do art. 2º da IN n. 05/2014:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: (Alterado pela Instrução Normativa n. 3, de 20 de abril de 2017)

[...]

§2º Serão utilizados, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados. (Alterado pela Instrução Normativa n. 3, de 20 de abril de 2017) (g.n.).

Nesta Corte de Contas mineira, foram no mesmo sentido as decisões prolatadas pelo Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, nas Denúncias n. 912168 e 932725.

In casu, verifica-se que, embora tenham sido consultados somente três fornecedores, o valor global estimado da contratação foi de R\$ 7.127.164,74 (sete milhões, cento e vinte e sete mil, cento e sessenta e quatro reais e setenta e quatro centavos) (fl. 46, volume 1), e o valor global registrado em ata foi de R\$ 6.203.730,00 (seis milhões, duzentos e três mil, setecentos e trinta reais) (fl. 644/648, volume 3).

De todo o exposto, considerando as disposições legais, não se pode exigir um quantitativo mínimo de orçamentos para compor a pesquisa de mercado, na medida em que o Estatuto das Licitações não o definiu, e, tampouco podemos impor aos jurisdicionados municipais o cumprimento da IN n. 05/2014, de observância obrigatória na esfera federal.

Não obstante, recomento aos responsáveis que, em futuros procedimentos licitatórios, busquem um quantitativo maior de orçamentos, buscando traduzir melhor a real estimativa de preços de mercado.

No caso em apreço, como foram apresentados três orçamentos na fase interna do certame, insta reconhecer que foi cumprida a Instrução Normativa n. 05/2014 e, também, foi observada a jurisprudência desta Corte acima destacada.

Desse modo, deixo de aplicar multa ao gestor, embora considere que neste caso concreto a pesquisa não tenha refletido a realidade dos preços de mercado, já que, conforme foi apontado no item 2.3 da presente análise, a planilha de custos unitários e global não refletiu o valor dos orçamentos apresentados.

Todavia, como já foi aplicada sanção pela irregularidade descrita no item 2.3, considero que deve ser apenas emitida recomendação ao atual gestor municipal para que amplie a pesquisa de preços de mercado de modo a refletir a realidade dos preços praticados no mercado.

2.6 – Qualificação Econômico-financeira

O Ministério Público considerou que a exigência contida no item 9.3.13 do edital contraria o princípio da ampla concorrência, nos seguintes termos:

O edital exige no item 9.3.13 (fls. 289) para fins de qualificação econômico-financeira:

9.3.13 Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 03 (três) meses da data da apresentação.

Tal exigência contraria o princípio da ampla concorrência, uma vez que obsta a participação de empresas recém-constituídas, que não dispõem de balanço patrimonial do último exercício.

Ainda que sejam novas no mercado, as empresas recém-constituídas podem dispor de capacidade para a execução dos serviços licitados. Não deve haver, portanto, empecilhos à sua participação no certame.

Nesse sentido, o ensinamento de Marçal Justen Filho:

(...) a exigência de demonstrações financeiras do exercício anterior não pode ser interpretada como exigência de atuação há mais de um ano. Se tivesse tal significação, estaria sendo introduzido mais um requisito de habilitação, no âmbito temporal. A Lei não disciplina prazos mínimos de existência de uma sociedade para ser contratada pelo Estado. Logo, empresas recém-constituídas, se preencherem os demais requisitos de habilitação (inclusive e especialmente os de natureza técnica), não podem ser excluídas através de aplicação extensiva de requisitos relacionados com a capacitação econômico-financeira.⁹

Isso posto, irregular a ausência de previsão expressa da possibilidade de apresentação de balanço de abertura para as empresas recém-constituídas.

Defesa

O Sr. Fabrício do Prado Bittencourt, às fls. 424/433, afirmou que a redação do item 9.3.13 é cópia fiel do inciso I do art. 31 da Lei nº 8.666/93, razão pela qual não pode ser considerada ilegal, e que a aceitabilidade do balanço de abertura de empresas constituídas há menos de um ano é construção doutrinária e jurisprudencial.

A Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, às fls. 837/860, argumentou que o item questionado pelo Ministério Público de Contas tão somente reproduziu o disposto no art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93, e citou o ensinamento de Marçal Justen Filho:

[...] a exigência de demonstrações financeiras do exercício anterior **não pode ser interpretada como exigência de atuação há mais de um ano.** Se tivesse tal significação, estaria sendo introduzido mais um requisito de habilitação, no âmbito temporal. A Lei não disciplina prazos mínimos de existência de uma sociedade para ser contratada pelo Estado. (negrito do texto)

Os Srs. Milton Alexandre Alves Neto e Geraldo Botelho Pacheco, Diretores de Licitação e Controle Interno à época, não se manifestaram neste ponto.

Análise

A Unidade Técnica concluiu a exigência do item 9.3.13 não obsta a participação de empresas recém-constituídas, conforme trecho do relatório técnico abaixo transcrito:

Constata-se que o item acima não prevê a forma de comprovação da qualificação econômico-financeira para as empresas recém-constituídas, sendo que o texto foi extraído do disposto no art. 31, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Cumprir informar que o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93 prevê, dentre a documentação relativa à qualificação econômico-financeira, a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 442.

da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes e balanços provisórios.

A regra edilícia, da forma como expressa no edital, não exclui a participação de empresas recém-constituídas. Assim dispõe Marçal Justen Filho sobre as sociedades recentemente constituídas senão vejamos:¹⁰:

(...) a exigência de demonstrações financeiras do exercício anterior não pode ser interpretada como exigência de atuação há mais de um ano. Se tivesse tal significação, estaria sendo introduzido mais um requisito de habilitação no âmbito temporal. A lei não disciplina prazos mínimos de existência de uma sociedade par ser contratada pelo estado. Logo, empresas recém-constituídas, se preencherem os demais requisitos de habilitação (inclusive e especialmente os de natureza técnica), não podem ser excluídas através de aplicação extensiva de requisitos relacionados com a capacitação econômico-financeira.

Tampouco a legislação suprime a participação das referidas empresas em face da vedação da substituição de balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício por balancetes ou balanços provisórios.

Nesse sentido, cabível colacionar o ensinamento de Marçal Justen Filho sobre a exclusão de balancetes ou balanços provisórios¹¹:

Não se admitem balancetes ou balanços provisórios – que seriam aqueles levantados extraoficialmente ou para fins especiais. O motivo reside em que esses documentos não gozam da confiabilidade dos balanços de termos de exercício.

Quanto às alegações dos responsáveis relativamente à reprodução fiel do art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93, razão pela qual não seria razoável verificar irregularidade no item editalício examinado, há que se ressaltar a inexistência de antinomia entre o referido artigo e a possibilidade de aceitar o balanço de abertura de eventuais empresas recém-constituídas para participação no certame.

Sobretudo, destaca-se que o Direito Administrativo tem diversas fontes, não se exaurindo na lei. Dessa forma, a jurisprudência e os princípios administrativos são inegáveis norteadores da melhor prática administrativa, não podendo os responsáveis escusar-se aos entendimentos reiteradamente emanados pelos Tribunais de Contas, alegando-se o amparo na interpretação literal da lei.

Sobre a questão, esta Casa assim já se posicionou:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS E PROTETORES PARA VEÍCULOS. APONTAMENTOS. EXIGÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA MARCA. EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. NÃO UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS RECÉM-CONSTITUÍDAS. PREVISÃO IRREGULAR DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR ATÉ 60 MESES. AUSÊNCIA DE MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL E RECURSOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS. PUBLICIDADE RESTRITA DO INSTRUMENTO

¹⁰ JUSTEN Filho, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 15ª edição, 2012, p. 540.

¹¹ JUSTEN Filho, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 15ª edição, 2012, p. 541.

CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA. FALHAS INSUFICIENTES PARA MACULAR O CERTAME. RECOMENDAÇÕES E DETERMINAÇÃO.

(...)

4. Recomenda-se que nos próximos certames seja prevista a aceitação de balanço de abertura, desde que devidamente registrados ou autenticados pela Junta Comercial competente, para fins de qualificação econômico-financeira das empresas constituídas no curso do próprio exercício, exigindo-se das empresas recém-constituídas apenas o balanço de abertura devidamente registrado na JUCEMG.

(...) (Denúncia n.º 886535. Rel. Conselheiro Mauri Torres. Sessão do dia 15/12/15)

Dessa forma, entende este órgão técnico que a exigência em tela não obsta a participação de empresas recém-constituídas.

Em conformidade com o entendimento esposado por este Tribunal, a recomendação é suficiente para garantir que nos próximos editais seja permitida a participação das empresas recém-constituídas, as quais podem comprovar sua qualificação econômico-financeira através do balanço patrimonial devidamente registrado na Junta Comercial do Estado.

Ademais, por não ser razoável, recomenda-se que não seja exigido índice econômico no balanço de abertura, em razão de ainda não existir operações contábeis, e, conseqüentemente, não existir índices econômico-financeiros, sendo vedado por lei a apresentação de balancetes mensais.

Isso posto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, considero que não procede o apontamento ministerial neste ponto.

III – VOTO

Na preliminar, não acolho os pedidos de exclusão de responsabilidade do Sr. Geraldo Botelho Pacheco, Diretor de Controle Interno (item 1.1) e da Sra. Cleidis Regina Modesto, Secretária Municipal de Educação (item 1.2) e acolho o pedido para excluir do polo passivo da presente denúncia o Sr. Agnaldo Perugini, Prefeito Municipal à época.

No mérito, julgo parcialmente procedente a Denúncia e considero irregular o procedimento licitatório na modalidade Pregão n. 97/2013 e, com fulcro no § 2º do art. 276 do RITCMG c/c inciso II do art. 85 da LC nº 102/2008, aplico multas pessoais ao Sr. Fabrício do Prado Bittencourt, Pregoeiro e signatário do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pela irregularidade descrita no item 2.1 da fundamentação, aos Srs. Milton Alexandre Alves Neto, Diretor de Licitações, e Geraldo Botelho Pacheco, Diretor de Controle Interno, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) para cada um pela irregularidade descrita no item 2.3 e para a Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária Municipal de Educação, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pela irregularidade descrita no item 2.4.

Determino, ainda, a intimação do atual Prefeito Municipal de Pouso Alegre para que, em futuras licitações, não incida nas mesmas irregularidades apuradas no exame da presente denúncia e observe a recomendação constante do item 2.5 da fundamentação.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno.

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 no voto do Relator: **I)** não acolher, na preliminar, os pedidos de exclusão de responsabilidade do Sr. Geraldo Botelho Pacheco, Diretor de Controle Interno (item 1.1) e da Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária Municipal de Educação (item 1.2), e acolher o pedido para excluir do polo passivo da presente denúncia o Sr. Agnaldo Perugini, Prefeito Municipal à época; **II)** julgar, no mérito, parcialmente procedente a Denúncia e irregular o procedimento licitatório na modalidade Pregão n. 97/2013 e, com fulcro no § 2º do art. 276 do RITCMG, c/c inciso II do art. 85 da LC n. 102/2008, aplicar multas pessoais ao Sr. Fabrício do Prado Bittencourt, Pregoeiro e signatário do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pela irregularidade descrita no item 2.1 da fundamentação; aos Srs. Milton Alexandre Alves Neto, Diretor de Licitações, e Geraldo Botelho Pacheco, Diretor de Controle Interno, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) para cada um pela irregularidade descrita no item 2.3; e para a Sra. Cleidis Regina Chaves Modesto, Secretária Municipal de Educação, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pela irregularidade descrita no item 2.4; **III)** determinar a intimação do atual Prefeito Municipal de Pouso Alegre para que, em futuras licitações, não incida nas mesmas irregularidades apuradas no exame da presente denúncia e observe a recomendação constante do item 2.5 da fundamentação; **IV)** determinar o arquivamento dos autos, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno, cumpridas as disposições regimentais.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 14 de agosto de 2018.

MAURI TORRES
Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

jc/rp/ms

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 de
Deliberações e Jurisprudência**