

RECURSO ORDINÁRIO N. 958295

Recorrente: Anna Carolina Falcão

Órgão: Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves

Interessados: Murilo de Campos Valadares, Daniela Corrêa Nogueira Cunha

Processo referente: Denúncia n. **898626**

Procuradores: Sebastião Espírito Santo de Castro, OAB/MG 75.112; Cláudio Diniz Vasconcelos, OAB/MG 84.180; Mariana Cristina Xavier Galvão, OAB/MG 122.230; Adriana Vasconcelos de Paula e Silva, OAB/MG 136.556; Anderson de Souza Lima Novais Júnior, OAB/MG 116.368; Virgínia Kirchmeyer Vieira, OAB/MG 70.702; Cristiano Silvério Rabelo, OAB/MG 129.471; Breno Vaz de Mello Ribeiro, OAB/MG 114.306; Bruno Costa Monteiro, OAB/MG 176.767; Eduardo Duarte Moura Lopes, OAB/MG 146.902; Flávio de Mendonça Campos, OAB/MG 63.728; Gustavo Alexandre Magalhães, OAB/MG 88.124; Maria Cecília Bretas Martins Rosa, OAB/MG 133.581; Matheus Batista Vonderscher, OAB/MG 176.488; Sofia Bahia França, OAB/MG 154.035

MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. PRELIMINARES. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. NULIDADE POR VÍCIO DE CITAÇÃO. REJEITADA. PREVISÃO DA POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE CBUQ PELOS LICITANTES QUE NÃO POSSUAM USINA DE ASFALTO PRÓPRIA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ANULAÇÃO DAS MULTAS IMPOSTAS POR ESSE MOTIVO. MÉRITO. FIXAÇÃO DE ÍNDICES DE LIQUIDEZ CORRENTE E DE ENDIVIDAMENTO SEM MOTIVAÇÃO. NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DA RECORRENTE. PROVIMENTO PARCIAL. EXCLUSÃO DA MULTA IMPUTADA A ELA. MANUTENÇÃO DAS OUTRAS MULTAS.

1. Tendo os denunciados oportunidade de apresentar defesa sobre todos os apontamentos, a citação e os atos subsequentes praticados na Denúncia são válidos.
2. É irregular a previsão editalícia de que, na falta de usina própria, a licitante deva apresentar, na fase de habilitação, declaração de empresa responsável pelo processamento da CBUQ, uma vez que tal exigência se refere a um compromisso que será assumido por terceiro alheio à disputa, restringindo a competitividade do certame.
3. É nula a decisão recorrida que julga irregular fato que não fora apontado na denúncia nem abordado no exame inicial da unidade técnica ou no parecer preliminar do Ministério Público de Contas.
4. É irregular a ausência de justificativa que ampare a escolha dos índices fixados para aferição da qualificação econômico-financeira das licitantes, uma vez que viola o disposto no art. 31, § 5º, da Lei de Licitações.

5. Havendo irregularidades no edital, é fundamental identificar os responsáveis por cada uma das ocorrências apontadas, com vistas à correta responsabilização dos agentes envolvidos.

6. Se a Lei de Licitações, em seu inciso I do § 1º do art. 56, faculta ao licitante optar por uma das modalidades de garantia contratual ali previstas, não pode o instrumento convocatório simplesmente dispor de forma diversa.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

24ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 23/8/2017

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto por Anna Carolina Falcão, Presidente da Comissão Permanente de Licitação à época, em face da decisão proferida na sessão da Primeira Câmara do dia 26/05/2015, nos autos da Denúncia n. 898626, que lhe aplicou multa no valor de R\$1.500,00, além de aplicar multa no valor de R\$3.000,00 à Sra. Daniela Corrêa Nogueira Cunha, Prefeita Municipal à época, e de R\$1.500,00 ao Sr. Murilo de Campos Valadares, Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano à época, pelas seguintes irregularidades na Concorrência Pública n. 007/2013 realizada pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves:

I – Irregularidade da utilização, por licitante que não possua usina asfáltica, de empresa de terceiro para o processamento do CBUQ;

II – Irregularidade da exclusão, no instrumento convocatório, de título da dívida pública como forma de seguro de garantia contratual;

III – Irregularidade da fixação, no edital, de índice de liquidez corrente igual ou maior do que 1,5 e de índice de endividamento de 0,75.

O Recurso foi liminarmente admitido e remetido à Coordenadoria Técnica e ao Ministério Público junto ao Tribunal, que se manifestaram, respectivamente, às fls. 38/41v e fls. 42/50v.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1 – PRELIMINARES

1.1 – Admissibilidade

Preliminarmente, conheço do presente recurso, considerando que a parte é legítima, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n. 102/2008.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Voto de acordo com Vossa Excelência, Senhor Presidente.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Também de acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Conheço do recurso.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

NA PRELIMINAR DE ADMISSIBILIDADE, APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

1.2 – Nulidade por vício de citação

A Unidade Técnica, às fls. 38/41, pugnou pelo reconhecimento da nulidade da decisão proferida nos autos da Denúncia n. 898626, por inobservância do exercício do contraditório e ampla defesa, uma vez que, no momento da citação, as irregularidades que ensejaram a aplicação de multa aos responsáveis foram consideradas improcedentes pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, nos seguintes termos:

Este Órgão Técnico destaca que a aplicação de multa no valor de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) à Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sra. Anna Carolina Falcão, foi decorrente das irregularidades apontadas na denúncia, às fls. 01/09, quais sejam:

- I – IRREGULARIDADE DA UTILIZAÇÃO, POR LICITANTE QUE NÃO POSSUA USINA ASFÁLTICA, DE EMPRESA DE TERCEIRO PARA O PROCESSAMENTO DO CBUQ;
- II – IRREGULARIDADE DA EXCLUSÃO, NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DE TÍTULO DA DÍVIDA PÚBLICA COMO FORMA DE SEGURO DE GARANTIA CONTRATUAL;
- III – IRREGULARIDADE DA FIXAÇÃO, NO EDITAL, DE ÍNDICE DE LIQUIDEZ CORRENTE IGUAL OU MAIOR DO QUE 1,5 E DE ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO DE 0,75.

Ressalta-se que, nos relatórios técnicos da 3ª CFM e da CFOSEP, às fls. 527 a 533, 535/540 respectivamente, estas irregularidades foram consideradas improcedentes, restando outras irregularidades constatadas no processo licitatório; e ainda, que o Ministério Público de Contas concluiu seu parecer preliminar “sem aditamentos à denúncia e aos apontamentos técnicos (...)”, fls. 544/545.

Assim, o Conselheiro Relator determinou a citação dos responsáveis legais, fls. 546, para que apresentassem defesa ou justificativas “acerca dos apontamentos de irregularidades apresentadas na Denúncia, fls. 01/09, nos relatórios técnicos acostados às fls. 527/533 e 535/539 e no parecer do MPTC, fls. 542/545”.

As devidas citações foram efetivas, conforme AR de fls. 551/554.

Verifica-se que os defendentes não se manifestaram, às fls. 579/612 e 614/629, sobre as supostas irregularidades apontadas pelo denunciante, uma vez que foram consideradas improcedentes pelas unidades técnicas e pelo MPTC.

Da mesma forma, a 3ª CFM realizou a análise da defesa, às fls. 633/640 e a CFOSEP, às fls. 641/650, sem considerar as citadas irregularidades.

No entanto, após a análise da defesa, o MPTC, em seu parecer conclusivo de fls. 655/678, considerou os fatos apontados na denúncia, inicialmente considerados improcedentes, como irregulares.

Os autos passaram, então, ao voto da Conselheira Relatora, a qual proferiu o acórdão confirmando as irregularidades consideradas pelo Ministério Público de Contas, na Sessão Ordinária da Primeira Câmara, do dia 26/05/2015.

[...]

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 42/50v, discordou da ocorrência da nulidade suscitada pela Unidade Técnica, sob os seguintes fundamentos:

[...]

A nulidade arguida pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal – 3ªCFM não se sustenta pelos motivos que serão adiante aduzidos.

Do cotejo dos documentos que integram os autos da Denúncia n. 898626, verifica-se que o Tribunal de Contas promoveu regularmente a citação de todos os responsáveis, conforme se verifica às fls. 547/554 (ofícios de citação com a juntada dos respectivos ARs).

Portanto, não há que se falar que houve cerceamento de defesa ou, ainda, que houve ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa. Tanto é que todos os responsáveis apresentaram as respectivas defesas nos autos da Denúncia 898626, conforme documentos de fls. 579/612 e 614/629.

Urge esclarecer que os apontamentos da Denúncia n. 898626 foram considerados improcedentes pela Unidade Técnica em sede de exame preliminar, que, por sua vez, apontou outras irregularidades na Concorrência Pública n. 183/2013. Em seguida, o Ministério Público de Contas, também em manifestação preliminar, não aditou os apontamentos da denúncia e da Unidade Técnica, requerendo a citação dos responsáveis para se manifestarem “sobre as irregularidades apontadas na Denúncia, bem como no estudo técnico”.

[...]

Ressalte-se, ainda, que o relatório do Órgão Técnico é opinativo, logo, não vincula a decisão do Tribunal de Contas. Dessa forma, presume-se que não se manifestar sobre os apontamentos da denúncia foi uma estratégia de defesa dos próprios responsáveis.

Em face do exposto, ao contrário do entendimento esposado pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal, este Ministério Público de Contas conclui que não há nulidade nos atos processuais praticados na Denúncia n. 898626 por inobservância às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa.

Análise

De início, cumpre destacar que, no exame inicial da denúncia, às fls. 527/533, a Unidade Técnica considerou improcedentes as seguintes irregularidades denunciadas, conforme trechos do relatório técnico abaixo destacados:

- **Exigência editalícia de declaração por parte dos licitantes de que possui usina asfáltica instalada no Município da Região Metropolitana:**

Exigência editalícia de declaração por parte dos **licitantes de que tem usina asfáltica instalada no Município da Região Metropolitana**. Em princípio, esse dispositivo contrariaria o § 6º do art. 30 da Lei de Licitação. No entanto, nota-se, que a limitação à competitividade vedada pela Lei no referido dispositivo não ocorreu, uma vez que este não exigiu propriedade de uma usina asfáltica. Pelo contrário, ofereceu aos licitantes a discricionariedade, em caso de não dispuserem de uma usina de asfalto, de apresentar uma declaração de compromisso de fornecimento de massa asfáltica (CBUQ) de empresa responsável que será responsável pelo fornecimento, na quantidade necessária ao completo cumprimento do contrato, devidamente licenciada e localizada na Região Metropolitana,

podendo, dessa forma, participar da licitação em igualdade de condições com os demais licitantes. **Improcede** a denúncia neste quesito.

- **Índices de Liquidez exigido igual ou superior a um inteiro e cinquenta centésimos:**

Índices de Liquidez exigido igual ou superior a um inteiro e cinquenta centésimos (1,50) está **dentro do normal, usualmente adotado** para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, conforme o § 5º do art. 31 da Lei 8.666/93; quando se tem um serviço estimado de R\$16.195.341,00, visto que tal condição serve de garantia para a Administração Pública quanto ao potencial financeiro daqueles que participam do certame, conforme fórmula que se usa para comparar o **Resultado da Liquidez Corrente**:

Maior que 1: Resultado que demonstra folga no disponível para uma possível liquidação das obrigações.

Se igual a 1: Os valores dos direitos e obrigações a curto prazo são equivalentes.

Se menor que 1: Não haveria disponibilidade suficiente para quitar as obrigações a curto prazo, caso fosse preciso.

Também, neste ponto **improcede** a denúncia.

- **Exigência de garantia de manutenção das propostas ou de participação:**

Da garantia. A exigência em questão está em consonância com o inciso III do artigo 31 da lei 8666/93 que prevê a garantia de 1% do valor do estimado do objeto da contratação na fase de habilitação.

III – garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Trata-se da garantia de manutenção das propostas ou garantia da participação, no qual demonstrará indício de saúde econômico-financeira do licitante. Geralmente é exigida a garantia preliminar nas licitações de grande vulto. **Improcede** a denúncia neste tópico.

Ressalte-se que, no referido relatório técnico, um item denunciado foi considerado procedente pela Unidade Técnica (a exigência de apresentação prévia de “croqui” de localização) e, ainda, foram apontadas outras irregularidades. Todavia, tais irregularidades foram desconstituídas no reexame e, portanto, não ensejaram condenação aos responsáveis no acórdão recorrido, motivo pelo qual não irei me deter nesses pontos.

Nota-se que o Ministério Público junto ao Tribunal, em sua manifestação preliminar, às fls. 542/545 dos autos de origem, mencionou, em seu parecer, os apontamentos da denúncia e a conclusão da Unidade Técnica e expressamente declinou de promover os aditamentos complementares ao relatório técnico, previstos no § 3º do art. 61 do RITCMG, limitando-se a opinar pela citação dos responsáveis.

De outro modo, constata-se que, no parecer conclusivo, às fls. 655/678, o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal, Glaydson Santo Soprani Massaria, diferentemente da manifestação preliminar exarada pelo Procurador Daniel de Carvalho Guimarães, às fls. 542/545, concluiu pela irregularidade dos itens da denúncia, que inicialmente haviam sido considerados improcedentes, conforme trechos do parecer conclusivo abaixo destacados:

1) Da exigência prevista no item 1.4.3 do edital:

[...]

A Unidade Técnica em análise inicial à fl. 529, afirmou que, em princípio, esse dispositivo contrariava o § 6º do art. 30 da Lei de Licitação, no entanto, verificou-se que a limitação à competitividade vedada pela Lei no referido dispositivo não ocorreu, uma vez que este não exigiu propriedade de uma usina asfáltica, pelo contrário, ofereceu aos licitantes a discricionariedade, em caso de não dispuserem de uma usina de asfalto, de apresentar uma

declaração de compromisso de fornecimento na quantidade necessária ao completo cumprimento do contrato, devidamente licenciada e localizada na Região Metropolitana, podendo dessa forma, participar da licitação em igualdade de condições com os demais licitantes.

[...]

Em face do exposto, este Ministério Público de Contas conclui ser ilegal a exigência de instalação de usina em Município integrante da Região Metropolitana de Belo Horizonte, ou, em caso negativo, a declaração de terceiro detentor de usina que se comprometa a disponibilizar os volumes necessários à prestação dos serviços no período de vigência contratual (Item 1.4.3. do edital).

[...]

2) Da exigência prevista no item 1.4.3 do edital:

[...]

Ao examinar o tema, a Unidade Técnica afirmou que o Índice de Liquidez exigido igual ou superior a um inteiro e cinquenta centésimos (1,50) está dentro do normal, usualmente adotado para a correta avaliação da situação da financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, conforme o § 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/93. Ainda de acordo com o Órgão Técnico, quando se tem um serviço estimado em R\$16.195.341,00, tal condição serve de garantia para a Administração Pública quanto ao potencial financeiro daqueles que participam do certame (fl. 529).

[...]

Ocorre, porém, que não foi juntado aos autos qualquer estudo que justifique a escolha dos índices contábeis exigidos no caso em tela.

Pelo exposto, este Ministério Público de Contas entende ser ilegal a exigência de Índice de Liquidez Corrente maior ou igual a 1,5 haja vista a ausência de justificativa satisfatória, o que representa afronta ao disposto no art. 31, § 5º, da Lei n. 8.666/93.

3) Da exigência prevista no Item 1.4.6 do edital:

[...]

No tocante à análise deste item a Unidade Técnica se limitou a dizer que a exigência configura a garantia da manutenção das propostas ou garantia da participação, na qual ficará demonstrado o indício de saúde econômico-financeira da licitante, e que geralmente é exigida garantia preliminar nas licitações de grande vulto, concluindo, desta forma, pela improcedência da denúncia neste tópico (fl. 530).

[...]

Diante do exposto, à luz da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, este Ministério Público considera ilegal a exigência de garantia de proposta em data prévia a entrega e abertura dos envelopes conforme previsto no Item 1.4.6 do Edital de Concorrência Pública n. 007/2013.

Cumprir destacar, por oportuno, que, conforme previsto nos §§ 3º e 4º do art. 61 do Regimento Interno desta Corte, não cabe ao Ministério Público realizar apontamentos complementares ao relatório técnico em sede de parecer conclusivo, sendo a sua manifestação preliminar, **antes da citação**, o momento para aditar ou se manifestar contrariamente a qualquer ponto do relatório técnico, conforme dispositivos regimentais transcritos abaixo:

Art. 61 (...)

§ 3º Nos processos de fiscalização de concursos públicos e naqueles originados de denúncias e representações será dada oportunidade de manifestação preliminar ao Ministério Público junto ao Tribunal, **antes da citação**, na qual, querendo, poderá apresentar apontamentos complementares às irregularidades indicadas pela Unidade Técnica.

§ 4º Quando da elaboração do parecer escrito conclusivo a que se refere o inciso IX deste artigo, verificando o Ministério Público junto ao Tribunal a ocorrência de irregularidades que não constaram do relatório da unidade técnica, estas deverão ser objeto de instrumento em apartado, no exercício da competência descrita no inciso I deste artigo.

Isso posto, insta destacar que, na decisão recorrida, foram exatamente as irregularidades consideradas improcedentes no exame inicial que ensejaram a aplicação das multas aos responsáveis, conforme trecho do acórdão abaixo transcrito:

(...) diante das razões expendidas no voto da Relatora, em julgar irregulares: a utilização, por licitante que não possua usina asfáltica, de empresa de terceiro para o processamento do CBUQ; a exclusão, no instrumento convocatório, de título da dívida pública como forma de seguro garantia contratual; e a fixação, no edital, de índice de liquidez corrente igual ou maior do que 1,5 e de índice de endividamento de 0,75. Por conseguinte, com fundamento no disposto no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102/08, aplicam multa de R\$3.000,00 (três mil reais) à Prefeita do Município de Ribeirão das Neves, Sra. Daniela Corrêa Nogueira Cunha, e de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) ao Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano, Sr. Murilo de Campos Valadares, e à Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sra. Anna Carolina Falcão. (...)

Desse modo, embora os responsáveis tenham sido formalmente citados nos autos de origem, como, no momento da abertura de vista, tanto a Unidade Técnica como o Ministério Público junto ao Tribunal consideraram improcedentes os itens da denúncia que, posteriormente, ensejaram a aplicação da multa, constata-se a ocorrência de vício insanável no acórdão recorrido, pois não foram atendidos plenamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Acerca da imprescindibilidade do pleno atendimento aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal pela Administração Pública, previamente às decisões por ela adotadas e que afetem a esfera patrimonial de quem quer que seja, o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello¹ alude que:

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal e regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla [...]. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que reputar cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais. (Grifei)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro² leciona que deve ser dado conhecimento ao acusado dos atos que lhe são imputados para lhe garantir o pleno exercício aos princípios do contraditório e ampla defesa:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: **quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.** Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita" (grifo nosso)

No mesmo sentido, o magistério de Diógenes Gasparini³, ao discorrer sobre os referidos princípios:

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, 2008, p. 115.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 367.

³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado, de vista ao processo administrativo disciplinar para apresentação de sua defesa preliminar, de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa, de ter advogado quando for economicamente insuficiente, de conhecer com antecedência a realização de diligências e atos instrutórios para acompanhá-los, de perguntar e reperguntar, de oferecer a defesa final, de recorrer, para que prove a sua inocência ou diminua o impacto e os efeitos da acusação”.

Verifica-se que o caso em apreço está relacionado ao “Princípio da Não Surpresa”, intimamente ligado ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, que já era consagrado em sede doutrinária à época da decisão e foi expressamente previsto no Novo Código de Processo Civil em seus arts. 9º e 10⁴.

Assim, no caso em apreço, acolho a manifestação da Unidade Técnica e considero que a decisão recorrida deve ser anulada por vício insanável consistente na inobservância ao pleno exercício da ampla defesa e contraditório nos autos de origem.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com Vossa Excelência, Senhor Presidente.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Peço vênia ao Relator para discordar do seu entendimento, pois entendo que NÃO houve vício na citação. Por ocasião do julgamento da Denúncia n. 898626, o processo estava sob a minha relatoria, mas a citação foi determinada pelo Conselheiro Sebastião Helvecio. No despacho de citação, havia expressa determinação para que os responsáveis apresentassem defesa ou justificativas “acerca dos apontamentos de irregularidades apresentadas na Denúncia, fls. 01/09, nos relatórios técnicos acostados às fls. 527/533 e 535/539 e no parecer do MPTC, fls. 542/545”. Naquele momento, os denunciados tiveram oportunidade de apresentar defesa sobre todos os apontamentos, razão pela qual entendo que a citação e os atos subsequentes praticados na Denúncia são válidos.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Eu acompanho o voto divergente da eminente Conselheira Adriene Andrade.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Eu vou pedir vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

⁴ Os arts. 9º e 10 do NCPC dispõem, respectivamente, “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida” e “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, diante da manifestação da Conselheira Adriene Andrade e a constatação feita por ela aqui, eu mudo o meu entendimento acompanhando o voto da Conselheira.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

Perfeitamente.

CONCEDIDA VISTA AO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
31ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 18/10/2017

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto por Anna Carolina Falcão, Presidente da Comissão Permanente de Licitação à época, em face da decisão proferida na sessão da Primeira Câmara do dia 26/05/2015, nos autos da Denúncia n. 898626, que lhe aplicou multa no valor de R\$1.500,00, além de aplicar multa no valor de R\$3.000,00 à Sra. Daniela Corrêa Nogueira Cunha, Prefeita Municipal à época, e de R\$1.500,00 ao Sr. Murilo de Campos Valadares, Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano à época, por irregularidades na Concorrência Pública n. 007/2013 realizada pela Prefeitura Municipal de Ribeirão das Neves.

Na sessão do dia 23/08/2017, o Conselheiro Mauri Torres concluiu, em preliminar de mérito, pela nulidade da citação, nos seguintes termos:

Assim, no caso em apreço, acolho a manifestação da Unidade Técnica e considero que a decisão recorrida deve ser anulada por vício insanável consistente na inobservância ao pleno exercício da ampla defesa e contraditório nos autos de origem. É o relatório, no essencial.

Na oportunidade, a Conselheira Adriene Andrade abriu divergência, entendendo pela inexistência de vício na citação, *verbis*:

(...) entendo que NÃO houve vício na citação. Por ocasião do julgamento da Denúncia n. 898626, o processo estava sob a minha relatoria, mas a citação foi determinada pelo Conselheiro Sebastião Helvecio. No despacho de citação, havia expressa determinação para que os responsáveis apresentassem defesa ou justificativas “acerca dos apontamentos de irregularidades apresentadas na Denúncia, fls. 01/09, nos relatórios técnicos acostados às fls. 527/533 e 535/539 e no parecer do MPTC, fls. 542/545”. Naquele momento, os denunciados tiveram oportunidade de apresentar defesa sobre todos os apontamentos, razão pela qual entendo que a citação e os atos subsequentes praticados na Denúncia são válidos.

Acompanharam o voto divergente os Conselheiros Sebastião Helvecio e Wanderley Ávila, e, em seguida, pedi vista dos autos.

Após analisar a matéria, e tendo em vista que o posicionamento apresentado pela Conselheira Adriene Andrade é, *mutatus mutandis*, similar ao apresentado por mim no Recurso Ordinário n. 986662, acompanho *in totum* a divergência trazida.

É como voto, Sr. Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Falta votar o Conselheiro Gilberto Diniz.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, também vou acompanhar a divergência, portanto, no despacho de citação, foi franqueada oportunidade para que os responsáveis se manifestassem sobre todos os pontos constantes na denúncia, na informação técnica e no parecer do Ministério Público.

É dizer, as irregularidades que remanesceram na decisão já constavam na denúncia e na informação técnica inicial e, portanto, foram abrangidas no despacho de citação.

Então, não vejo vício que tenha maculado a citação e, conseqüentemente, o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

NESTE CASO, FICA REJEITADA A PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA, NOS TERMOS DO VOTO DIVERGENTE DA CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE. VENCIDO O CONSELHEIRO RELATOR MAURI TORRES.

Devolvo a palavra ao Conselheiro Mauri Torres para relatar o mérito.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Pois não, Senhor Presidente.

Superada a preliminar, peço o retorno dos autos ao meu gabinete para apreciação do mérito.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

SERÁ ENCAMINHADO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

31ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 18/9/2019

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Já foi exercido o juízo de admissibilidade recursal pelo Tribunal Pleno na sessão de 23/08/2017. Estou trazendo uma preliminar processual ainda.

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pela Senhora Anna Carolina Falcão, presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Ribeirão das Neves à época dos fatos, em face da decisão proferida pela Primeira Câmara deste Tribunal, na sessão de 26/05/15, nos autos da Denúncia n. 898626.

Naquela oportunidade, foi aplicada à recorrente multa no valor de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) em razão das seguintes irregularidades apuradas no Edital de Concorrência n. 007/2013:

- a) item n. 1.4.3 do edital – previsão de utilização, por licitante que não possua usina asfáltica, de empresa de terceiro para o processamento de Concreto Betuminoso Usinado à Quente (CBUQ);
- b) item n. 1.4.4 do edital – fixação de índice de liquidez corrente (ILC) igual ou maior do que 1,5 e de índice de endividamento (IE) de 0,8;
- c) item n. 1.4.6 do edital – exclusão de título da dívida pública como forma de seguro de garantia contratual.

A súmula do acórdão foi divulgada no Diário Oficial de Contas de 23/07/15, consoante certificado à fl. 700 do Processo n. 898626, e a peça recursal protocolizada em 24/08/15.

A recorrente apresentou, às fls. 01/13, suas razões recursais, além da documentação de fls. 14/33, requerendo o provimento do recurso e a exclusão da multa que lhe fora aplicada.

Os autos foram, então, encaminhados à Unidade Técnica, que, às fls. 38/41, se manifestou pela nulidade dos atos processuais praticados na Denúncia n. 898626, tendo em vista a ausência de contraditório e ampla defesa acerca das irregularidades apuradas.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, no parecer de fls. 42/50v, ao contrário do entendimento esposado pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal (3ª CFM), concluiu pela ausência de nulidade dos atos processuais praticados nos autos da denúncia, bem como pelo provimento parcial do pedido recursal, com a consequente redução proporcional da multa imputada.

Assim, o então relator do recurso ordinário, Conselheiro Mauri Torres, acolheu a manifestação da Unidade Técnica e considerou que a decisão recorrida deveria ser anulada, haja vista a inobservância ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa nos autos de origem.

O referido voto foi levado à deliberação na sessão plenária de 23/08/17, momento em que o recurso foi conhecido, por unanimidade, tendo sido concedida vista dos autos ao Conselheiro José Alves Vianna. Posteriormente, em nova apreciação na sessão do Tribunal Pleno de 18/10/17, a preliminar de nulidade suscitada fora rejeitada e os autos devolvidos ao gabinete do então relator para exame do mérito do recurso.

Em cumprimento ao despacho de fl. 60, os autos seguiram novamente ao Órgão Técnico para análise das alegações da recorrente.

No relatório de fls. 61/63, a 3ª CFM, após apreciar as irregularidades “b” e “c”, afetas à sua competência, concluiu que as justificativas apresentadas pela Senhora Anna Carolina Falcão não foram suficientes para modificar a decisão recorrida.

Em 18/02/19, o processo foi redistribuído à minha relatoria, por força do disposto no art. 115 do Regimento Interno (fl. 65).

Por fim, remetidos os autos à 2ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, tal unidade opinou, às fls. 66/69, pelo provimento parcial do recurso em relação à irregularidade “a”.

É o relatório, no essencial.

I – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, a Primeira Câmara, na sessão de 26/05/15, considerou irregulares alguns apontamentos da denúncia, tendo determinado a aplicação de multa aos responsáveis, nos seguintes termos:

(...) **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas, por unanimidade, na conformidade da ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto da Relatora, em julgar irregulares: a utilização, por licitante que não possua usina asfáltica, de empresa de terceiro para o processamento do CBUQ; a exclusão, no instrumento convocatório, de título da dívida pública como forma de seguro de garantia contratual; e a fixação, no edital, de índice de liquidez corrente igual ou maior do que 1,5 e de índice de endividamento de 0,8. Por conseguinte, com fundamento no disposto no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102/08, aplicam multa de R\$3.000,00 (três mil reais) à Prefeita do Município de Ribeirão das Neves, Sra. Daniela Corrêa Nogueira Cunha, e de R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais) ao Secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano, Sr. Murilo de Campos Valadares, e à Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sra. Anna Carolina Falcão.

Ressalte-se que o juízo de admissibilidade recursal já foi exercido pelo Tribunal Pleno, na sessão de 23/08/17 (fls. 52/56), motivo pelo qual passo a análise das irregularidades apuradas e das sanções aplicadas.

Preliminar Processual

A decisão recorrida aplicou à Senhora Anna Carolina Falcão, presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Ribeirão das Neves à época dos fatos, multa em razão da previsão da possibilidade de terceirização do fornecimento de CBUQ pelos licitantes que não possuam usina de asfalto própria.

Em suas razões, às fls. 03/10, a recorrente argumentou que tal previsão editalícia não viola o princípio da igualdade e muito menos restringe o caráter competitivo da licitação, bem como que, na verdade, “amplia o espectro de possíveis licitantes interessados em participarem, uma vez que aqueles que não possuem usina asfáltica também poderão apresentar propostas”. Ressaltou, ainda, que a decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) citada no acórdão recorrido reconhece a irregularidade da cláusula em questão quando o fornecimento de asfalto constitui parcela mínima do serviço licitado.

A Unidade Técnica, às fls. 66/69, argumentou que dois fatos distintos, envolvendo o mesmo objeto apontado como irregular, estão em discussão, quais sejam: (1) a regularidade da exigência de declaração de terceiro, comprometendo-se a fornecer os volumes necessários de CBUQ, como critério de qualificação técnica dos licitantes que não possuam usina de asfalto própria e (2) a regularidade de o edital de licitação permitir que o licitante que não possua usina de asfalto terceirize o fornecimento de CBUQ. Assim, concluiu pelo acatamento parcial das razões apresentadas pela recorrente, tendo considerado irregular o fato n. 1, por configurar compromisso de terceiro alheio à disputa, e regular o n. 2 pelo fato de não gerar nenhum prejuízo técnico ou de qualidade à administração do município e por ser ilegal o estabelecimento de condições não previstas em lei para beneficiar determinados licitantes em detrimento de outros.

O Ministério Público de Contas, às fls. 44/47v, destacou que, embora existam julgados em sentido contrário, a exemplo dos que foram colacionados pela recorrente, a jurisprudência sobre a qual se apoia o órgão ministerial privilegia a competitividade nos certames, entendendo que a referida exigência de “declaração da licitante de que se compromete, ainda na fase de habilitação, a disponibilizar os volumes necessários à prestação dos serviços durante a vigência

contratual” viola os preceitos legais e constitucionais aplicáveis à espécie e restringe o universo de interessados habilitados para contratar com a Administração Pública.

Compulsando os autos, observa-se que o item 1.4.3, “d”, do edital estabeleceu, como condição de habilitação/qualificação técnica, que as licitantes que não dispusessem de usina de asfalto apresentassem declaração de empresa responsável pelo processamento de CBUQ comprometendo-se a fornecer massa asfáltica nos volumes necessários à prestação dos serviços:

1.4.3. – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

d) Declaração da licitante que tem usina instalada em Município integrante da Região Metropolitana de Belo Horizonte e de que se compromete a disponibilizar os volumes necessários à prestação dos serviços, no período de vigência do contrato.

(...)

- Caso a licitante não disponha de usina de asfalto na região metropolitana de Belo Horizonte, deverá apresentar declaração da empresa responsável pelo processamento do CBUQ, comprometendo-se a disponibilizar os volumes necessários à prestação dos serviços no período de vigência contratual, nas mesmas condições das licitantes que têm usinas;

A esse respeito, esta Corte de Contas, nos autos do Agravo n. 944809, manifestou-se acerca da proibição de se exigir declaração de terceiros para fins de habilitação em procedimentos licitatórios nos seguintes termos:

1) Para fins de habilitação em procedimento licitatório é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

2) O fornecimento de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) nas condições previstas em normas técnicas reguladoras da matéria constitui obrigação do licitante vencedor, cujo inadimplemento o sujeitará às sanções administrativas preceituadas em lei e no ajuste, o que é diferente de obter a garantia dessa entrega como prova de aptidão técnica mediante a apresentação de declaração de terceiros, os quais determinarão se o licitante será habilitado ou não no certame. (Agravo n. 944809, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Sessão de 18/03/15)

Tal questão já conta, inclusive, com súmula vigente no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a qual preceitua que:

Súmula n. 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

Isto posto, mostra-se, de fato, irregular a previsão, no ato convocatório, de que a licitante, na falta de usina própria, deva apresentar, na fase de habilitação, declaração de empresa responsável pelo processamento da CBUQ, uma vez que a exigência se refere a um compromisso que será assumido por terceiro alheio à disputa, o que restringe a competitividade do certame. Ressalte-se que seria razoável exigir tal documento, apenas do licitante vencedor, já na fase de contratação, conferindo-lhe prazo razoável para cumprimento desta obrigação.

No entanto, na decisão recorrida, foi apontada como irregular e ensejou a aplicação de multa aos responsáveis **“a utilização, por licitante que não possua usina asfáltica, de empresa de terceiro para o processamento de CBUQ”**, e não a exigência de declaração desta na fase de habilitação.

Percebe-se, então, como bem pontuado pela Unidade Técnica, que dois fatos distintos se encontram em discussão: o primeiro refere-se à exigência de declaração de terceiro como critério de qualificação técnica dos licitantes que não possuam usina de asfalto, o que, conforme dito alhures, é irregular; já o segundo refere-se à possibilidade de terceirização, por licitante

que não possua usina de asfalto, do fornecimento de CBUQ, o que, a meu ver, é uma previsão perfeitamente regular, visto que, como afirmaram os técnicos da 2ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, não acarretaria nenhum prejuízo técnico ou de qualidade à administração do município, além de ampliar o número de interessados.

Todavia, cumpre esclarecer que, na sessão do Tribunal Pleno do dia 23/08/17, foi suscitada, pelo Conselheiro Mauri Torres, preliminar de nulidade em decorrência de suposto vício na citação dos denunciados por desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, uma vez que os apontamentos julgados como irregulares na decisão recorrida foram inicialmente desconsiderados tanto pela Unidade Técnica quanto pelo MP em seus exames iniciais nos autos em apenso. Porém, a referida preliminar foi rejeitada, na sessão do dia 18/10/17, nos termos do voto divergente da Conselheira Adriene Andrade, *in verbis*:

(...) entendo que NÃO houve vício na citação. Por ocasião do julgamento da Denúncia n. 898626, o processo estava sob a minha relatoria, mas a citação foi determinada pelo Conselheiro Sebastião Helvécio. No despacho de citação, havia expressa determinação para que os responsáveis apresentassem defesa ou justificativas “acerca dos apontamentos de irregularidades apresentadas na Denúncia, fls. 01/09, nos relatórios técnicos acostados às fls. 527/533 e 535/539 e no parecer do MPTC, fls. 542/545”. Naquele momento, os denunciados tiveram oportunidade de apresentar defesa sobre todos os apontamentos, razão pela qual entendo que a citação e os atos subsequentes praticados na Denúncia são válidos.

Verifica-se, portanto, que esta Corte de Contas já assentou nesses autos que a abertura de vista aos responsáveis se deu com base na denúncia elaborada pela empresa Abreu e França Ltda. (fls. 01/09).

Ocorre que, naquela oportunidade, não foi observado que a irregularidade que aqui se discute não fora sequer apontada na denúncia. Compulsando os autos, depreende-se que, ao mencionar o “ITEM 1.4.3” do edital, a denunciante está apontando como irregular, na verdade, a exigência de “croquis” com o visto do engenheiro indicado pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano, e não a exigência de qualquer declaração ou a utilização, por licitante que não possua usina asfáltica, de usina de terceiro para o processamento de CBUQ.

A análise da peça inaugural da denunciante permite constatar, claramente, que ela se insurge quanto à necessidade de visto de engenheiro indicado pelo Município nos croquis exigidos, alegando a ausência de critérios objetivos necessários à obtenção do visto, o que abre margem à atuação discricionária de servidor municipal na verificação da qualificação técnica das licitantes.

Nesse contexto, a irregularidade tal como descrita na decisão recorrida só restou caracterizada pela primeira vez no relatório conclusivo do Ministério Público de Contas, às fls. 658/663 dos autos em apenso.

Assim, considerando que a abertura de vista nos autos em apenso teve como fundamento a denúncia e que esta não impugnou a irregularidade que ensejou a aplicação de multa aos responsáveis, reconheço, em preliminar, a nulidade da decisão recorrida em relação a este item por ausência de contraditório e afastamento a imputação das multas, no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), à Senhora Anna Carolina Falcão e ao Senhor Murilo de Campos Valadares, então secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano, e de R\$1.000,00 (mil reais) à Senhora Daniela Corrêa Nogueira Cunha, prefeita municipal de Ribeirão das Neves à época.

Ressalte-se que não se está, neste momento, a rever a decisão já proferida pelo Pleno, na sessão do dia 18/10/17, que afastou a nulidade da decisão recorrida. Ao contrário, reconhece-se sua validade e, a partir dela, verifica-se que houve ofensa ao contraditório e à ampla defesa por razão diversa da suscitada anteriormente.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também estou de acordo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, peço vênia ao Relator por entender que essa questão já foi superada nessa sessão referida por ele, de 18/10/2017, em que ficou rejeitada a preliminar de nulidade de citação, nos termos do voto divergente da Conselheira Adriene Andrade, quando foi vencido Vossa Excelência.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

APROVADO O VOTO DO RELATOR, VENCIDO O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Mérito

a) Da fixação de índices de liquidez corrente e de endividamento sem motivação

A decisão recorrida também aplicou à Senhora Anna Carolina Falcão, presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Ribeirão das Neves à época dos fatos, multa em razão da fixação, no edital, de índice de liquidez corrente igual ou superior a 1,5 e índice de endividamento de 0,8 sem observância ao princípio da motivação dos atos administrativos, violando, assim, o art. 31, §5º, da Lei de Licitações.

Em suas razões, às fls. 11/13, a recorrente alegou que os índices em questão foram determinados pelo secretário municipal de Desenvolvimento Urbano e ordenador de despesas à época, além de terem sido validados, por duas vezes, pelo Procurador-Geral Adjunto à época, motivo pelo qual não lhe pode ser imputada qualquer sanção, já que não possuía autonomia e poder para alterar o pedido de serviços formulados pela autoridade técnica competente. Argumentou, ainda, que os índices de liquidez e de endividamento variam de acordo com o objeto do certame, competindo, exclusivamente, ao órgão requisitante apresentar os critérios a serem observados em cada caso. Argumentou, então, não ser possível a responsabilização da presidente da

Comissão Permanente de Licitações pelo simples fato de ocupar tal cargo, pois não detinha a qualificação técnica necessária para sobrepor quais índices aplicar em cada atividade.

A Unidade Técnica, às fls. 61v/62v, observou que a recorrente não enfrentou o fundamento da decisão atacada, qual seja a ausência de motivação para os índices exigidos, limitando-se a alegar que a fixação destes não era sua responsabilidade. Ademais, opinou pela manutenção da irregularidade apontada, uma vez que, independentemente de não ser responsável pela definição dos índices e de não ter assinado o memorando anexado às fls. 31/33, a Senhora Anna Carolina Falcão participou da fase interna do processo, bem como da elaboração do edital, sendo, portanto, seu dever observar as exigências contidas na Lei n. 8.666/93.

O Ministério Público de Contas, às fls. 47v/49v, após colacionar diversos julgados do TCU, entendeu que a recorrente não foi responsável pela conduta irregular na fixação dos índices previstos no edital em tela e opinou pela reforma parcial da decisão recorrida, bem como pela redução proporcional da multa aplicada.

Inicialmente, cumpre destacar o disposto no §5º do art. 31 da Lei de Licitações, *litteris*:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
(...)

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de **índices contábeis** previstos no edital e **devidamente justificados no processo administrativo da licitação** que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (grifo nosso)

Sobre a imprescindibilidade de se justificar os índices eleitos para demonstração da situação financeira das licitantes, estabelece Jessé Torres Pereira Júnior⁵, *in verbis*:

A escolha dos índices de aferição da situação financeira dos habilitantes deverá estar exposta e fundamentada no processo administrativo da licitação, do qual resultará o texto do edital. (...)

As razões da escolha (incluindo menção às fontes de consulta, sobretudo revistas especializadas) devem guardar nexos causal com a índole do objeto e o grau de dificuldade ou complexidade de sua execução, a fim de que se cumpra o mandamento constitucional de serem formuladas tão somente exigências necessárias a garantir o cumprimento das obrigações que se venham a avençar.

Assim sendo, não restam dúvidas de que, por certo, é irregular a ausência de justificativa a amparar a escolha dos índices eleitos para aferição da qualificação econômico-financeira das licitantes. Conforme acertadamente pontuado na decisão recorrida, “não foram demonstrados os parâmetros utilizados para se chegar aos índices sugeridos, nem comprovado que estes são usualmente adotados para serviços de igual complexidade”.

Ocorre que, para efeitos de responsabilização por eventuais irregularidades, é imprescindível identificar a quem competiu a elaboração do edital e das peças que o compuseram. Esse é o entendimento esposado pelo TCU⁶ e apresentado pelo Ministério Público de Contas em seu parecer de fls. 42/50v:

⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 6ª ed., Editora Renovar: Rio de Janeiro/São Paulo, 2003, p. 380.

⁶ CORRÊA, Instituto Serzedello. Tribunal de Contas da União. **Responsabilização de agentes segundo a jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/>. Acesso em: 26/08/19. p. 26/27.

Quem irá responder por irregularidade presente no edital de licitação? E se a irregularidade estiver presente em uma especificação técnica, constante do Projeto Básico ou do Termo de Referência, restringindo indevidamente o caráter competitivo do certame? O primeiro ponto a atentar é que a Lei não indica expressamente a quem incumbe tal tarefa. O que faz é dirigir-se ao “agente público”, vedando-lhe admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. (art. 3º, § 1º).

Dessa forma, é de suma importância averiguar, nos autos do processo licitatório, quem foram os responsáveis pela elaboração do edital e das peças que o compõem. **É comum ter vários agentes públicos responsáveis pela elaboração do edital, conforme sua competência ou área de atuação no órgão, cabendo a um, por exemplo, a tarefa de especificar o objeto a ser licitado e a outro fixar os critérios de aceitabilidade dos preços, de pagamento e de reajuste, além dos índices de liquidez. Havendo irregularidades no edital, é fundamental identificar os responsáveis por cada uma das ocorrências apontadas, com vistas à correta responsabilização dos agentes envolvidos.** (grifo nosso)

Nesse contexto, embora, em regra, a responsabilidade pelas exigências constantes no edital recaia sobre o seu subscritor, a existência, nos autos, de documento que comprova que a definição do conteúdo de determinada cláusula competiu a terceiro, aliada ao fato de que a fixação de tal requisito não está atrelada às competências do signatário do ato convocatório, pode afastar, no caso concreto, a responsabilidade desse agente.

Ressalte-se que a determinação dos índices de liquidez e endividamento a serem observados, bem como sua respectiva justificativa, possuem caráter técnico e são de responsabilidade do órgão demandante.

Portanto, no presente caso concreto, em que pese a recorrente tenha assinado o edital, existe um documento na fase interna do procedimento, qual seja, o Memo n. 083/2013 (fls. 31/33), demonstrando que a solicitação acerca da exigência de $ILC \geq 1,5$ e $IE \leq 0,8$ para qualificação técnica das licitantes foi realizada pelo secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano, razão pela qual resta demonstrado que a fixação de tais índices, assim como a falta de motivação a fundamentar essa escolha, não competiu à presidente da Comissão de Licitação.

Além disso, de acordo com o que fora afirmado pela recorrente em suas razões, competia à Gerência de Licitações, “apenas e tão somente, dar andamento ao certame até sua conclusão final”. Sobre tal argumento, o TCU já se manifestou no seguinte sentido no Acórdão n. 1673/2015⁷:

(...) são vários os precedentes em que o Tribunal entendeu que irregularidades inerentes à etapa preparatória da licitação não devem ser atribuídas a Presidentes de Comissão de Licitação:

“Exigências para habilitação (...) são itens inerentes à fase de planejamento da contratação e não afetos às atribuições típicas da comissão de licitação, razão por que irregularidades apuradas nessa fase não podem ser imputadas a presidente de comissão especialmente designada para conduzir o certame” (Acórdão 1.005/2011-TCU-Plenário).

“O presidente de comissão permanente de licitação não deve ser responsabilizado (...), pois as atribuições da referida comissão abrangem, em regra, apenas o processamento do procedimento licitatório” (Acórdão 870/2013-TCU-Plenário).

⁷ TCU – Ac. 1673/2015 – Plenário – Rel. Ministro Bruno Dantas – Data da sessão: 08/07/15.

Isto posto, apesar de considerar irregular a ausência de justificativa acerca da exigência de demonstração de índice de liquidez corrente igual ou superior a 1,5 e índice de endividamento de 0,8, por contrariar o previsto no art. 31, §5º, da Lei n. 8.666/93, afasto a aplicação da multa imposta à Senhora Anna Carolina Falcão, no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), referente à irregularidade tratada neste item.

b) Da exclusão de título da dívida pública como forma de seguro de garantia contratual

Nos termos da decisão recorrida foi aplicada multa à Senhora Anna Carolina Falcão, presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Ribeirão das Neves à época dos fatos, em razão da exclusão dos “títulos da dívida pública” como umas das formas de garantia contratual previstas no instrumento convocatório.

Sobre a questão, a recorrente alegou que a exclusão da possibilidade de apresentação de títulos da dívida pública para fins de garantia contratual constituiu mero erro de formatação. Argumentou, ainda, que o edital não vedou expressamente o oferecimento de títulos da dívida pública como garantia, tendo sido apenas omissivo, razão pela qual, por força do princípio da legalidade, que impõe a observância das normas previstas na Lei n. 8.666/93, impossível presumir que tais títulos não seriam aceitos.

A Unidade Técnica, às fls. 62v/63, concluiu que os argumentos apresentados pela recorrente não têm o condão de alterar a decisão atacada, visto que os agentes públicos têm a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito que regem sua atuação.

Na mesma linha, o Ministério Público de Contas, às fls. 49v/50v, entendeu que não cabe ao responsável pela elaboração de edital licitatório alegar erro de formatação, tampouco escusar-se de responsabilidade aduzindo que, independente de previsão no edital, todas as normas encontram-se dispostas na Lei de Licitações.

A exigência, pela Administração Pública, de prestação de garantia do contrato encontra sua previsão legal no art. 56 da Lei n. 8.666/93, o qual, em seu § 1º, inciso I, faculta ao contratado optar por uma das modalidades ali previstas:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Portanto, se a sobredita disposição legal permite ao licitante optar por uma das modalidades de garantia, não pode o edital de licitação simplesmente dispor de forma diversa.

Ressalte-se, ainda, que a Lei de Licitações, em seu art. 3º, dispõe que a Administração deve assegurar que nos editais não sejam incluídas condições que possam pôr em risco o caráter competitivo do certame e que possam afrontar os princípios aplicáveis à Administração Pública, como, por exemplo, o da vinculação ao instrumento convocatório.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade

com os princípios básicos de legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ademais, acompanho o parecer ministerial no sentido de ser incabível o argumento da recorrente de que, “independentemente de previsão no Edital, todas as normas previstas na Lei 8.666/93 são aplicadas”, pois, se assim fosse, nenhum servidor jamais seria responsabilizado por qualquer vício na elaboração de editais sob a alegação de que todas as normas se encontram previstas na lei.

Desse modo, diante do descumprimento do inciso I do §1º do art. 56 da Lei de Licitações, entendendo que é o caso de ser negado provimento ao recurso quanto a este ponto, mantendo-se a multa aplicada à recorrente.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, para reformar a decisão recorrida, afastando a multa imposta à Senhora Anna Carolina Falcão, presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Ribeirão das Neves à época, no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), em razão da fixação de índices de liquidez corrente e de endividamento como requisitos de qualificação econômico financeira, no edital da Concorrência Pública n. 007/2013, sem a necessária motivação.

Intime-se a recorrente e os demais responsáveis do teor dessa decisão.

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

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também de acordo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

APROVADO O VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expeditas no voto do Relator, preliminarmente, em: **I)** conhecer do recurso, por unanimidade, considerando que a parte é legítima, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n. 102/2008; **II)** rejeitar a nulidade por vício de citação, por maioria, nos termos do voto divergente da Conselheira Adriene Andrade, uma vez que, no momento correto, os denunciados tiveram oportunidade de apresentar defesa sobre todos os apontamentos, razão pela qual a citação e os atos subsequentes praticados na Denúncia são válidos, ficando vencido, neste ponto, o Conselheiro Mauri Torres; **III)** reconhecer, por maioria de votos, a nulidade da decisão recorrida em relação à previsão da possibilidade de terceirização do fornecimento de CBUQ pelos licitantes que não possuam usina de asfalto própria, por ausência de contraditório, considerando que a abertura de vista nos autos em apenso teve como fundamento a denúncia e que esta não impugnou a irregularidade que ensejou a aplicação de multa aos responsáveis, afastando, assim, a imputação das multas, no valor de R\$500,00 (quinhentos reais) à Senhora Anna Carolina Falcão e ao Senhor Murilo de Campos Valadares, então secretário Municipal de Desenvolvimento Urbano, e de R\$1.000,00 (mil reais) à Senhora Daniela Corrêa Nogueira Cunha, prefeita municipal de Ribeirão das Neves à época, ficando vencido, neste ponto o Conselheiro Wanderley Ávila; e, por unanimidade, no mérito, em: **IV)** dar provimento parcial ao recurso ordinário para reformar a decisão recorrida, afastando a multa imposta à Senhora Anna Carolina Falcão, presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Ribeirão das Neves à época, no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), pois não competiu a ela a fixação de índices de liquidez corrente e de endividamento como requisitos de qualificação econômico financeira, no edital da Concorrência Pública n. 007/2013, sem a necessária motivação, mantendo as demais multas aplicadas na decisão da Denúncia n. 898626; **V)** determinar a intimação da recorrente e dos demais responsáveis do teor desta decisão e, após transitada em julgada a decisão e promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Plenário Governador Milton Campos, 18 de setembro de 2019.

MAURI TORRES
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente nos termos do art. 204, §3º, VI, do Regimento Interno)

li/RB/kl/SR

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ____/____/____.

Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência