

**Processo:** 1015566  
**Natureza:** DENÚNCIA  
**Denunciante:** Empresa Britto Produções, Locações e Montagens Ltda. – ME  
**Denunciada:** Prefeitura Municipal de Três Corações  
**Partes:** Cláudio Cosme Pereira de Souza, Ulisses Ferreira Pinto  
**Procuradores:** Luiz Marcelus de Rezende Loures, Fransérgio Machado Neves  
**MPTC:** Maria Cecília Borges  
**RELATOR:** CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO

**PRIMEIRA CÂMARA – 14/12/2021**

DENÚNCIA. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM PROMOÇÃO DE EVENTOS ARTÍSTICOS. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. ACOLHIDA PARCIALMENTE. MÉRITO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES. DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS DE PREÇO ADOTADO. DO NÚMERO INSUFICIENTE DE ARTISTAS SUGERIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE SHOWS. DO PRAZO ESTIPULADO PARA VISITA TÉCNICA. DA OBRIGATORIEDADE DA VISITA TÉCNICA AO LOCAL DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS. DA INSUFICIÊNCIA DE GRADIS DE CONTENÇÃO E DE BANHEIROS QUÍMICOS SOLICITADOS NO TERMO DE REFERÊNCIA. DA UTILIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA CERTIFICAÇÃO DA DISPONIBILIDADE DOS ARTISTAS NA DATA DA APRESENTAÇÃO. DA AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO DE PREÇO MÁXIMO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. DA OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. DO REGISTRO DE EVENTO NO INSTITUTO MINEIRO DE AGROPECUÁRIA. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. PERDA DE OBJETO. PREVISÃO DE SUBCONTRATAÇÃO SEM ESTABELECEM PARÂMETROS. DA ADOÇÃO INDEVIDA DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. DA VEDAÇÃO AO RECEBIMENTO DE IMPUGNAÇÕES E RECURSOS ATRAVÉS DE FAC-SÍMILE E OU E-MAIL. DO PERCENTUAL ESTIPULADO PARA APLICAÇÃO DE MULTAS CONTRATUAIS. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHAS DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL SEM EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA AS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Conforme jurisprudência dessa Corte de Contas, os atos de delegação de poder não trazem para a autoridade delegante, em regra, a responsabilidade pelos atos praticados pela autoridade delegada, exceto nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando* ou necessidade de prévia aprovação do ato executado pela autoridade delegante.
2. Em que pese o art. 23, § 1º, da Lei Federal n. 8.666/1993, estabelecer o parcelamento como regra geral, é possível que o administrador público, excepcionalmente, faça a opção pelo critério de julgamento pelo menor preço global, fundamentando a sua escolha em estudo técnico e detalhado considerando as particularidades do objeto a ser licitado, e os preços de mercado comprovando a vantagem pela licitação em lote único, comparado à parcelada.

3. O edital que estabeleça previsão de cláusula editalícia de subcontratação do serviço licitado deverá estabelecer os respectivos limites e critérios a serem observados, consoante dispõe o art. 72 da Lei Federal n. 8.666, de 1993.
4. A adoção pela utilização do Sistema de Registro de Preços, em princípio, é a ideia de incerteza em relação à demanda, e não o fato de o negócio produzir vários fornecimentos.
5. A indicação dos artistas encontra-se dentro do critério de discricionariedade do Gestor Público.
6. A exigência de visita técnica a ser realizada está condicionada ao juízo de oportunidade e conveniência da administração, desde que não restrinja o caráter competitivo do certame.
7. O dimensionamento do objeto encontra-se dentro da atuação discricionária do órgão ou entidade licitante, lastreada pela área técnica, sempre privilegiando o interesse público.
8. Em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, o edital deve prever para o recebimento dos recursos e das impugnações a forma mais ampla possível, quer seja pessoalmente, pelos correios, ou pelos meios eletrônicos.
9. A finalidade da Carta de Exclusividade é para comprovar o agenciamento de determinado artista por um único empresário, exclusivamente, nos casos de inviabilidade de competição, não se justificando, portanto, solicitar tal documento em um procedimento licitatório.
10. Realizada a retificação do Edital pela administração, e afastada a irregularidade, reconhece-se a perda de objeto com relação ao referido apontamento.
11. Consoante preceito contido no § 3º do art. 43 da Lei Federal n. 8.666/1993, é facultado ao pregoeiro realizar diligências na busca de esclarecimentos específicos que fujam do seu conhecimento, promovendo assim o bom andamento do certame.
12. A exigência legal da planilha que expresse a composição de todos os preços unitários visa, sobretudo, afastar a ocorrência de dano aos cofres públicos com a celebração de contratos e compromissos, pela Administração Pública, com valores acima dos praticados no mercado.
13. A inclusão de preço máximo no edital não é obrigatória, mas sim uma faculdade conferida à Administração, nos termos do art. 40, inciso X, da Lei Federal n. 8.666/1993, que prescreve ser “permitida a fixação de preços máximos”.
14. Em algumas licitações, principalmente as que se referem a obras e serviços, em que há a necessidade de conferir uma maior segurança para a Administração Pública quanto à execução do objeto, se faz necessário a comprovação da qualificação técnica abrangendo tanto o aspecto operacional quanto o aspecto técnico-profissional.
15. Sempre que identificadas no objeto, parcelas de relevância tecnicamente justificadas ou que tenham um valor significativo, ou ainda, que o objeto possua parcelas igualmente relevantes, impõe-se que sejam apresentados atestados que descrevam os serviços compatíveis com o objeto licitado, nos termos do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei Federal n. 8.666/1993.
16. O art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação. Entretanto, quando houver vedação pela participação, cabe a Administração justificar tal escolha.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) acolher a preliminar de ilegitimidade passiva do Prefeito, Cláudio Cosme Pereira de Souza, para excluí-lo do presente feito, considerando que não participou de qualquer ato apontado como ilegal, assim como não homologou ou validou os referidos atos administrativos, não sendo razoável, tampouco jurídico, lhe imputar responsabilidade pelos atos tidos como ilegais, sobretudo por não estar diante das excepcionalidades à regra de responsabilização; e deixar de acolher, de outra banda, a preliminar de ilegitimidade do Secretário de Governo da Prefeitura Municipal de Três Corações, Sr. Ulisses Ferreira Pinto, em razão de ter participação direta nas ilegalidades apontadas, todas vinculadas ao instrumento convocatório por ele firmado;
- II) julgar improcedentes, no mérito, os seguintes apontamentos:
  - a) do critério de julgamento das propostas de preço adotado pela denunciada;
  - b) do número insuficiente de artistas pela Administração para apresentação dos shows;
  - c) do prazo estipulado para visita técnica;
  - d) da obrigatoriedade da visita técnica ao local da execução dos serviços;
  - e) da insuficiência de gradis de contenção e de banheiros químicos solicitados no termo de referência;
  - f) da utilização de diligências para certificação da disponibilidade dos artistas na data da apresentação;
  - g) da ausência de estabelecimento de preço máximo;
  - h) da vedação à participação de consórcios;
  - i) da ocorrência de dano ao erário.
- III) reconhecer, em relação ao apontamento relativo à “Exigência de registro de evento no Instituto Mineiro de Agropecuária”, a perda do objeto, tendo em vista que a Administração Municipal de Três Corações procedeu à retificação do Edital do Pregão Presencial n. 88/2017, Processo Licitatório n. 463/2017;
- IV) julgar procedentes os apontamentos:
  - a) da adoção indevida do Sistema de Registro de Preços;
  - b) exigência de Carta de Exclusividade dos Artistas para a licitação em tela, bem como a multa no importe exorbitante de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor global da proposta no caso de não apresentação da Carta de Exclusividade;
  - c) exigência de qualificação técnico-operacional sem exigência de qualificação técnico-profissional;
  - d) exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância pelas razões já expostas na fundamentação desta decisão;
- V) aplicar ao Sr. Ulisses Ferreira Pinto, Secretário de Governo da Prefeitura Municipal de Três Corações, a multa total de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), sendo R\$ 1.000,00 (mil reais) por cada apontamento;

- VI)** julgar procedentes os seguintes apontamentos, deixando de aplicar multa em razão das fundamentações expostas por não terem afetado, diretamente, a concorrência:
- a)** da previsão de subcontratação sem estabelecer parâmetros;
  - b)** da vedação ao recebimento de impugnações e recursos por meio de fac-símile e ou e-mail;
  - c)** insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.
- VII)** recomendar ao atual gestor que observe, na formalização dos próximos pregões, as normas estabelecidas na Lei n. 10.520 de 2002 e na Lei Federal n. 8.666/1993;
- VIII)** determinar a intimação desta decisão ao denunciante, aos responsáveis e ao atual Prefeito do Município, por e-mail e por publicação no Diário Oficial de Contas;
- IX)** determinar que, transitada em julgado a decisão, os autos sejam arquivados, com fundamento no disposto no parágrafo único do art. 67 da Lei Complementar estadual n. 102/2008 e nos arts. 176, inciso I, e 305, parágrafo único, da Resolução n. 12/2008.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 14 de dezembro de 2021.

GILBERTO DINIZ  
Presidente

DURVAL ÂNGELO  
Relator

*(assinado digitalmente)*

**PRIMEIRA CÂMARA – 14/12/2021**

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

**I – RELATÓRIO**

Tratam os autos de denúncia protocolizada em 18/07/2017, sob o número 2418110/2017, apresentada pela Empresa Britto Produções, Locações e Montagens Eirelli EPP, por meio da qual aponta a existência de irregularidades no edital do Pregão Presencial n. 88/2017 (Processo n. 463/2017), promovido pela Prefeitura Municipal de Três Corações, que tem por objeto a “*contratação de empresa especializada em promoção de eventos artísticos, visando à realização da 50º EXPO TRÊS/2017*”.

A denunciante apontou as seguintes irregularidades no edital de licitação: 1) do critério de julgamento das propostas de preço adotado pela denunciada; 2) da contradição entre os itens 9.7.3 e 13.2, subitem 6 do Edital, acerca da subcontratação; 3) da adoção indevida do sistema de Registro de Preços; 4) do número insuficiente de artistas sugeridos pela Administração para apresentação dos shows; 5) do prazo estipulado para a realização da visita técnica; 6) da obrigatoriedade da visita técnica; 7) da insuficiência de gradis de contenção e de banheiros químicos solicitados no termo de referência; 8) da vedação ao recebimento de impugnações e recursos através de fac-símile e ou e-mail; 9) do percentual estipulado para aplicação de multas contratuais; 10) do registro de evento no Instituto Mineiro de Agropecuária; 11) da utilização de diligências para certificação da disponibilidade dos artistas na data da apresentação.

Ao final de sua exposição, a denunciante requereu que este Tribunal a) determinasse a suspensão liminar do procedimento licitatório, b) efetuasse diligências na Prefeitura Municipal de Três Corações, para obter informações sobre quais empresas apresentaram orçamento na cotação de preços do objeto licitado e c) determinasse a retificação das cláusulas editalícias e, por conseguinte, a republicação do aviso de realização da licitação, com a designação de nova data para a apresentação de propostas.

Em 18//07/2017, o Conselheiro Presidente recebeu a documentação como denúncia e determinou a sua autuação e distribuição a um relator (fl. 150).

Em 21/07/2017, em decisão monocrática, a então relatora – Conselheira Adriene Andrade, indeferiu a medida cautelar pleiteada, por não verificar a comprovação de irregularidades que, por sua gravidade, justificassem o impedimento do prosseguimento da licitação e, tampouco, demonstrassem a existência no perigo na demora quanto ao prosseguimento da licitação, determinando, por consequência, o encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, para análise preliminar, inclusive quanto ao pedido da denunciante de suspensão cautelar do procedimento licitatório (fls. 152/153).

Na sequência, os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL), que, em seu relatório, concluiu pela improcedência das seguintes irregularidades: 1) não foram fixados no edital os limites da subcontratação; 2) adoção indevida do Sistema de Registro de Preços, uma vez que os requisitos para a sua aplicação não foram preenchidos; 3) prazo insuficiente para a ocorrência das visitas técnicas ao local da execução do serviço; 4) obrigatoriedade da visita técnica ao local da execução dos serviços; 5) vedação de recebimento de impugnações e recursos através de fac-símile ou e-mail ; 6) exigência de Carta de Exclusividade dos artistas para a licitação em tela; e 7) exigência da multa no importe exorbitante de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor global da proposta no caso de não apresentação da carta de exclusividade. E em relação ao pedido de suspensão

cautelar do procedimento licitatório, entendeu que restou prejudicado, uma vez que a licitação já tinha sido concluída e, conforme publicação do extrato na Ata de Registro de Preços, teve sua validade até 31/12/2017 (fls. 158/175).

Em 01/08/2018 os autos foram redistribuídos à minha relatoria (fl. 179).

Em 14/12/2018, o Ministério Público, em manifestação preliminar às fls.180/185-v, requereu o aditamento da denúncia, apresentando, em caráter complementar, os seguintes apontamentos: 1) ausência de estabelecimento de preço máximo; 2) insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; 3) exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem exigência de qualificação técnico-profissional; 4) exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância; 5) vedação à participação de consórcios; 6) da ocorrência de dano ao erário.

Em 15/01/2019, em despacho à fl. 186, determinei a citação do Sr. Cláudio Cosme Pereira de Souza e do Sr. Ulisses Ferreira Pinto, Prefeito e Secretário de Governo da Prefeitura Municipal de Três Corações à época, respectivamente, para que apresentassem defesa e/ou documentos acerca dos apontamentos constantes da peça inicial da denúncia (fls. 01/14), da manifestação da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (fls. 158/175v) e da manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal (fls.180/185v).

Em cumprimento a determinação de fl. 186, os responsáveis protocolaram, em 20/02/2019, defesa conjunta, acompanhada de documentação (fls.190/584 e 591/594).

Considerando que o processo licitatório já tinha sido homologado (fl. 512), e o objeto adjudicado à empresa Nelson Uliani Junior (fl. 514); considerando, ainda, que os contratos haviam sido firmados, conforme acostado às fls. 531/564, os autos foram encaminhados à 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise técnica, para ulterior remessa ao Ministério Público junto ao Tribunal.

Em 29/05/2019, no relatório de fls. 596/606v, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, após a análise da documentação sob o ângulo do cumprimento das diligências determinadas no despacho à fl. 186, concluiu que a irregularidade referente ao estabelecimento de preço máximo deveria ser levada à consideração superior, tendo em vista a inexistência de entendimento pacificado sobre o tema. Quanto à possibilidade de dano ao erário, entendeu pela não procedência do apontamento ministerial e opinou pela manutenção das seguintes irregularidades: 1) adoção indevida do Sistema de Registro de Preços, uma vez que os requisitos para a sua aplicação não foram preenchidos; 2) não foram fixados no edital os limites da subcontratação; 3) vedação de recebimento de impugnações e recursos através de fac-símile ou e-mail; 4) exigência de Carta de Exclusividade dos Artistas para a licitação em tela; 5) exigência da multa no importe exorbitante de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor global da proposta no caso de não apresentação da carta de exclusividade; 6) insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativo e preços unitários; 7) exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem exigência de qualificação técnico-profissional; e 8) exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância.

Em 10/06/2019, o Ministério Público junto ao Tribunal, em parecer conclusivo às fls.608/609, ratificou o exame feito pela Unidade Técnica, e opinou pela procedência parcial dos apontamentos, com a aplicação de multa aos responsáveis, bem como a emissão de determinação para que não mais pratiquem as condutas tidas como irregulares, devendo este Tribunal providenciar que sua unidade técnica competente monitore o cumprimento dessa determinação.

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### II.1. Preliminar. Ilegitimidade passiva

Os defendentes, em preliminar, arguiram a ilegitimidade passiva dos denunciados Cláudio Cosme Pereira de Souza e Ulisses Ferreira Pinto.

Argumentaram os defendentes que o Decreto Municipal 3.476/2017, vigente no ordenamento jurídico municipal, trata da delegação de competência aos Secretários Municipais para a prática de atos relativos à ordenação de despesa, o chamado modelo de desconcentração administrativa.

Ainda em sede de preliminar de ilegitimidade, ressaltaram as defesas que com o objetivo de proporcionar uma melhor atuação do poder público, se faz necessário a delegação dos atos de gestão a alguns gestores com a responsabilidade plena sobre atos inerentes a seus cargos administrativos. E assim sendo, deslocando-se a competência, fica o agente delegado responsável pela solução administrativa e aplicação da lei, pois não haveria sentido em se transferir a função e reservar-se a responsabilidade pelo ato.

Afirmaram, ainda, que todo o processo administrativo foi conduzido com base em parecer jurídico opinando favoravelmente pela contratação, o que afastaria qualquer dolo por parte dos defendentes, ante uma eventual irregularidade no processo de contratação.

A Unidade Técnica destacou que, muito embora conste da análise dos documentos, como responsável pela homologação do procedimento o Sr. Ulisses Ferreira Pinto, Secretário Municipal do Governo, quem assinou a documentação foi a Sra. Juliana Naves Ferreira e Costa, Secretária Adjunta do Governo, a qual também possui competência, conforme § 3º, do art. 1º, do Decreto n. 3.476/2017. Entretanto, concluiu, que a delegação de competência não retira a responsabilidade do delegante, pois, cabe a esse supervisionar os atos de seus subordinados.

Com relação à ilegitimidade alegada, faz-se necessária analisa-la individualmente, a começar pela pessoa do Prefeito.

Conforme jurisprudência dessa Corte de Contas, os atos de delegação de poder não trazem para a autoridade delegante, em regra, a responsabilidade pelos atos praticados pela autoridade delegada, exceto nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando* ou necessidade de prévia aprovação do ato executado pela autoridade delegante, o que não é a hipótese do caso em comento. Cito, abaixo, alguns julgados:

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. ATO DE DELEGACÃO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA PREFEITA. MÉRITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE AS FALHAS APURADAS COMPROMETERAM A LISURA DA CONTRATAÇÃO. RECOMENDAÇÃO 1. A responsabilidade recairá somente sobre aquele que cometeu erro ou ilegalidade na execução de um determinado ato, ficando isenta a autoridade que delegou sua prática, exceto nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa in eligendo, culpa in vigilando ou necessidade de prévia aprovação do ato executado pela autoridade delegante. 2. Na elaboração do processo de adesão como *¿carona¿* a Administração Municipal deve observar as orientações constantes das consultas respondidas por este Tribunal sobre o tema. 3. Em face da análise do caso concreto, levando em conta que a sanção deve ser necessária, adequada e proporcional à gravidade da irregularidade cometida e considerando, ainda, que não houve má-fé ou prejuízo na contratação, as falhas são passíveis de recomendação, de modo a evitar a

incidência em futuros certames. (TCE-MG - RP: 932680, Relator: CONS. MAURI TORRES, Data de Julgamento: 20/03/2018, Data de Publicação: 03/04/2018)

[...]

DENÚNCIA. PREFEITURA. **PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. ACOLHIDA. EXCLUSÃO DO PREFEITO DO POLO PASSIVO.** MÉRITO. IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEB. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DA NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO INCISO IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE PRÉVIO PROCEDIMENTO DE ESCOLHA PÚBLICA E IMPESSOAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE, ISONOMIA, COMPETITIVIDADE E DO AMPLO ACESSO AOS CARGOS, FUNÇÕES E EMPREGOS PÚBLICOS. IRREGULARIDADE NA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS GASTOS COM REMUNERAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RESSARCIMENTO. RECOMENDAÇÕES. 1. **Comprovada a delegação de competência quanto à ordenação e à liquidação de despesas relativas aos exercícios 2013 e 2016, resta caracterizada a ilegitimidade passiva do Prefeito, para excluí-lo do polo passivo no tocante à ordenação e liquidação de despesas.** 2. Nos termos do art. 71 da Lei n. 9.394, de 20/12/1996, não constituirão gastos de manutenção e desenvolvimento do ensino aqueles realizados com pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino. 3. A contratação de trabalhadores temporários, para o exercício de funções permanentes, típicas dos cargos que compõem o quadro de pessoal da Prefeitura, os quais deveriam ser providos mediante concurso público, fere os incisos II e IX do art. 37 da Constituição da República, quando não comprovada a necessidade temporária de excepcional interesse público. 4. As contratações temporárias celebradas com fundamento no art. 37, IX, da Constituição da República, devem ser precedidas de procedimento de escolha pública e impessoal, com critérios que possam apurar o mérito dos candidatos e que garanta a igualdade de oportunidade aos que possam e queiram exercer as atribuições respectivas, em atendimento aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia, competitividade e do amplo acesso aos cargos, funções e empregos públicos. Primeira Câmara 11ª Sessão Ordinária – 09/04/2019 (TCE-MG - DEN: 969145, Relator: CONS. SEBASTIÃO HELVECIO, Data de Julgamento: 09/04/2019, Data de Publicação: 08/07/2019)

[...]

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. (TCE-MG - DEN: 898621, Relator: CONS. MAURI TORRES, Data de Julgamento: 14/08/2018, Data de Publicação: 29/08/2018)

[...]

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO NO TOCANTE ÀS IRREGULARIDADES PASSÍVEIS DE APLICAÇÃO DE MULTA. CONTRATAÇÃO POR VALOR SUPERIOR AO ORÇAMENTO APRESENTADO NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO. PROCEDÊNCIA. RESSARCIMENTO DO DANO AO ERÁRIO. 1. Configura-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, nos moldes estabelecidos no art. 110-E c/c os arts. 110-C, V e 110-F, I, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, tendo em vista o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados a partir da primeira causa interruptiva da prescrição. 2. A contratação de empresa por preço superior ao do seu próprio orçamento, apresentado na fase interna da licitação, sem justificativas para tanto, com visível prejuízo à Administração Pública, enseja o ressarcimento dos danos ao erário. 3. O reconhecimento e a notoriedade do profissional no mercado em determinado momento, as dinâmicas próprias que envolvem o evento, o tempo de realização do show, dentre outros aspectos, influenciam no preço cobrado pelos profissionais do setor artístico.

(...)

Em sede de delegação de competência, **é pessoal a responsabilidade do agente delegado que pratica o ato administrativo em nome da autoridade máxima do órgão ou da entidade pública, caso em que a autoridade delegante apenas responde em situações excepcionais.** É o que decidiu esta Corte ao apreciar voto-vista do Conselheiro Antônio Carlos Andrada na sessão da Primeira Câmara do dia 04/08/2009, no bojo do Processo Administrativo n. 703604, cuja conclusão transcrevo a seguir: Em conclusão a todo o exposto, pode-se extrair que via de regra a responsabilidade recairá somente sobre aquele que cometeu erro ou ilegalidade na execução de um determinado ato, ficando isenta a autoridade que delegou sua prática. Porém, excepcionalmente, **a autoridade delegante poderá vir a ser responsabilizada por atos irregulares praticados pelo agente delegado, nos casos em que for constatada a ocorrência de culpa in eligendo, culpa in vigilando, necessidade de prévia aprovação do ato executado e, por fim, a avocação, sendo que, nesse último caso, nem há que se falar em responsabilização da autoridade delegante por atos praticados pelo agente delegado, já que quem praticou o ato foi o próprio delegante, após retomar sua competência.** Portanto, antes de se definir se a autoridade delegante responderá pelos atos irregulares praticados pelo agente delegado, o caso concreto deverá ser analisado. (g. n.). In casu, **não verifico excepcionais que atraiam a responsabilidade do então Prefeito Municipal de Araguari pelas irregularidades apontadas nestes autos, notadamente em razão da existência do Decreto Municipal n. 012/2012,** que delegou expressamente as atribuições concernentes à realização de processos licitatórios. Nesse particular, verifiquei que, conforme afirmado pela Unidade Técnica, não houve a atuação do Prefeito Municipal em nenhum dos atos relativos aos processos de licitação em foco, o que ficou inteiramente a cargo dos agentes públicos constantes no citado Decreto Municipal. Por isso, entendo que descabe examinar, em sede de mérito, a

responsabilidade do Sr. Raul José de Belém, Prefeito Municipal de Araguari, à época, motivo pelo qual acolho a preliminar para excluí-lo do feito. (TCE-MG - DEN: 886285, Relator: CONS. MAURI TORRES, Data de Julgamento: 08/05/2018, Data de Publicação: 16/05/2018)

O ato de delegação de competência, enquanto legítimo instituto do direito administrativo, tem por objetivo assegurar maior rapidez, eficiência e objetividade das decisões administrativas. Para além do seu objetivo, é importante que este (ato de delegação) observe, para fins de validade e eficácia do ato administrativo, que seja formal, o que restou provado nos autos em razão do Decreto Municipal n. 3.476/2017.

Assim, considerando que o Prefeito não participou de qualquer ato apontado como ilegal, assim como não homologou ou validou os referidos atos administrativos, não é razoável, tampouco jurídico, lhe imputar responsabilidade pelos atos tidos como ilegais, sobretudo por não estar diante das excepcionalidades à regra de responsabilização.

Contudo, não pode aplicar o mesmo entendimento ao Secretário de Governo da Prefeitura Municipal de Três Corações à época, Sr. Ulisses Ferreira Pinto, pois, conforme se denota pelos apontamentos da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas junto à essa Corte, as ilegalidades praticadas se deram no instrumento convocatório que, por sua vez, foi assinado pelo referido Secretário (fl. 70).

Não se trata, como pretende sustentar a defesa, de discussão quanto à homologação do certame, mas, sim, das irregularidades constantes no Edital que, repito, foi firmado pelo Secretário.

Desta feita, especificamente quanto à preliminar de ilegitimidade, acolho-a para excluir, apenas, o Prefeito do presente feito. Deixou de acolher, de outra banda, a ilegitimidade do Secretário de Governo da Prefeitura Municipal de Três Corações, Sr. Ulisses Ferreira Pinto, em razão de ter participação direta nas ilegalidades apontadas, todas vinculadas ao instrumento convocatório por ele firmado.

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame dos apontamentos da denunciante.

## **II.2. Mérito**

### **II.2.1. Do critério de julgamento das propostas de preço adotado pela denunciada**

A denunciante alegou que o pregão foi realizado sob o tipo “menor preço global”, ao invés do “menor preço por item”.

Afirmou que por se tratar de objeto composto por vários itens distintos entre si, a execução da totalidade dos itens por uma só empresa restringiria sobremaneira a competitividade.

Os responsáveis, por sua vez, fundamentaram as suas defesas mencionando que a Súmula 247 do TCU, em que pese trazer como regra geral o fracionamento do objeto licitado em itens, permitindo, assim, uma maior participação de licitantes, desde que tal opção não resulte em prejuízo ao erário e tenha por finalidade ampliar a competitividade, admite, por outro lado, a adjudicação por preço global, desde que previamente justificada.

Concluíram que na busca de uma melhor eficiência na gestão e fiscalização dos serviços para a licitação do objeto pretendido, o certo seria adoção do critério de julgamento “menor preço”, devidamente justificado, expondo para tanto, os fundamentos que demonstrem de forma inequívoca que a divisão não é a opção mais vantajosa para a Administração, tanto do ponto de vista técnico, quanto econômico, haja vista a às desvantagens de se gerenciar e fiscalizar vários contratos, ao invés de um apenas, como no caso em exame.

A Unidade Técnica, em consonância com os argumentos apresentados pela Prefeitura denunciada, concluiu sua análise acerca deste item nos termos transcritos a seguir:

Assim está disposto no § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

Sobre o dispositivo legal acima citado, comenta a Zênite Consultoria:

8233 – Contratação pública – Planejamento – Objeto – Divisão em partes – Itens e lotes – Aspectos quantitativo e qualitativo – Relação direta com o desempenho técnico e econômico – Competitividade – Renato Geraldo Mendes

A divisão do objeto está diretamente relacionada com os aspectos quantitativo e qualitativo. A divisão não pode comprometer o desempenho técnico do objeto, pois sempre que isso puder ocorrer, a divisão estará proibida. Assim, é possível afirmar que a divisão do objeto visa, essencialmente, a reduzir o tamanho do objeto, pois o legislador entendeu que esse é um dos principais motivos que reduz a competição, mas sem comprometer o desempenho técnico (aspecto qualitativo). Há uma relação estreita entre o aspecto qualitativo do objeto com a questão técnica e uma relação direta entre a quantidade do objeto e a questão da economicidade. Portanto, não se pode dividir o objeto se essa divisão comprometer a qualidade da solução definida, da mesma forma que não se pode reduzir a quantidade do objeto se a redução representar indiscutível prejuízo à economicidade. Tem-se como regra o dever de parcelar o objeto em itens distintos sempre que for tecnicamente possível e economicamente viável, não se tratando, portanto, de mera faculdade a ser exercida pela Administração. Porém, quando aplicada a sua exceção, deverá a Administração motivar essa escolha.

Dessa forma, entende-se que a motivação exposta no ato convocatório foi suficiente para respaldar a escolha da Administração Municipal pela unificação do objeto, não obstante as suas parcelas pertencerem a diferentes segmentos de mercado, e restou comprovada a vantajosidade econômica.

(...)

Este Tribunal de Contas de Minas Gerais, nos autos 951.950/2015, que tratam da contratação de empresa especializada em locação de palco, som, camarim, iluminação, tendas e banheiros químicos, para utilização em eventos e festividades organizadas, cuja denúncia versa acerca da restrição de competitividade do certame à vista da irregularidade do edital por aglutinar, em apenas um lote, locação de serviços diversos, através de sua relatoria, assim entendeu:

Corroborando o que se afirmou sobre a necessidade de a motivação relativa à viabilidade técnica e econômica para escolha da licitação por lote único ser previamente elaborada e juntada aos autos do processo licitatório, confirmam-se os seguintes excertos de julgados do TCE/MT e do TCU:

Depara-se, portanto, que o edital abrange uma diversidade de objetos com características técnicas distintas, sem interferências e, que diante de sua independência, deveriam ser licitados de forma parcelada. (...). Assim, a intenção do legislador é que a licitação seja sempre realizada de forma parcelada quando houver viabilidade técnica e econômica, observada a modalidade pertinente para o valor total da contratação. Em outras palavras, **a lei estabelece que o administrador deve demonstrar a inviabilidade técnica e econômica da divisibilidade, quando deixar de adotar o parcelamento. (TCE/MT - Processo nº 30503/2008).**

O TCU determinou ao Ministério da Fazenda que, nas licitações cujo objeto fosse divisível, previamente à definição da forma de adjudicação a ser adotada, **realizasse**

**estudos que comprovassem as vantagens técnicas e econômicas da compra em lote único, comparativamente à parcelada**, a fim de atender ao disposto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, e à Súmula/TCU nº 247 (item 9.2, TC-015.663/2006-9, Acórdão nº 3.140/2006-TCU-1ª Câmara) (g. n).

(...)

Assim, nos mesmos moldes do entendimento da relatoria no processo acima transcrito, esta Coordenadoria Técnica, para concluir sua análise acerca deste item, verificou as questões relativas à justificativa apresentada no edital pela Administração licitante, bem como a possibilidade de prejuízo aos cofres públicos. Quanto à primeira questão, entende-se que a Administração Municipal deixou demonstrado, através da justificativa no ato convocatório, que o desmembramento do objeto poderia comprometer a execução dos serviços, uma vez que os seus itens são correlatos entre si. E quanto à segunda questão, tendo em vista o quadro demonstrativo dos valores desembolsados pela Prefeitura, a título de contrapartida, nesse mesmo tipo de evento, verificou-se que restou comprovada a vantajosidade desta contratação, uma vez que o valor contratado de R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) foi inferior aos desembolsados nos exercícios de 2013, 2014, 2015 e 2016. Conforme o 17.1 do edital à fl. 57, este foi o valor estimado para a presente licitação.

Conclui-se, portanto, que não há irregularidade neste item apontado pela denunciante, pois a opção pelo não parcelamento do objeto foi a mais vantajosa para a Administração Municipal.

O Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o estudo apresentado pela Unidade Técnica.

Conforme se observa no art. 23, § 1º da Lei Federal n. 8.666/1993, as licitações destinadas à obras, serviços e compras efetuadas pela Administração devem ser feitas, em regra, com a divisão/fracionamento por itens, já que, desta forma, assegura-se a ampliação da competitividade e a obtenção de melhores propostas. Isso não significa dizer, contudo, que a Administração Pública não possa, mediante justificativas que assegurem maior vantajosidade, lançar mão do preço global.

Dentro desse contexto, no caso em exame, os representados demonstraram, com critérios de ordem técnica e econômica, devidamente motivados, que a adoção por preço global (lote único) era mais vantajosa, o que afasta, por consequência, a ilegalidade apontada pela empresa denunciante.

Dessa forma, julgo improcedente o referido apontamento, tendo em vista que a Administração demonstrou, de forma clara e motivada, as vantagens pela referida escolha visando a otimizar os serviços e evitar prejuízos ao erário.

#### **II.2.2. Da contradição entre os itens 9.7.3 e 13.2, subitem 6 do Edital, acerca da subcontratação**

A denunciante alega que a empresa que for considerada vencedora do certame precisará cumprir o contrato em sua integralidade, fornecendo, de forma global, todos os itens do objeto licitado. Por esta razão, segundo o denunciante, terá a vencedora que subcontratar parte do objeto licitado, uma vez que não disporá de todos os itens solicitados, como por exemplo, os banheiros químicos, entre outros que são fornecidos por empresas especializadas.

Assim, afirmou que o edital, se mostraria contraditório, posto que o edital, em seu item 13.2, “6”, veda, expressamente, a subcontratação.

Os defendentes, em suas defesas, alegaram que o instituto da subcontratação previsto no art. 72 c/c o art. 78, inciso VI da Lei Federal n. 8.666/1993, evidencia a intenção do legislador em afastar a possibilidade de subcontratação integral de obra, serviço ou fornecimento,

inexistindo, portanto, a necessidade de exigir a sua delimitação, impondo, apenas, a necessidade de autorização pela Administração Pública.

Destacando posicionamento do Tribunal de Contas da União nesse sentido, concluíram que não bastasse a inexistência de obrigatoriedade em limitar a subcontratação, ainda há a desobrigação de previsão editalícia ou contratual.

A Unidade Técnica, em sede de reexame, reiterou a irregularidade, sob o argumento de que, embora a Prefeitura Municipal denunciada tenha alterado o edital, confirmando a previsão de subcontratação dos serviços, o fez de forma vaga, indeterminada, sem estabelecer parâmetros objetivos para eventual subcontratação, condicionando apenas à autorização da Administração Municipal.

O Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o estudo apresentado pela Unidade Técnica.

Inicialmente, cumpre destacar que a subcontratação total ou parcial do objeto é permitida pelo ordenamento jurídico, desde que conste no Edital e no Contrato, de forma justificada e objetiva, o seu limite, conforme preceitua o art.72 da Lei Federal n. 8666/93.

No caso em análise, contudo, em que pese a Administração ter autorizado a subcontratação, a previsão editalícia não estabeleceu o seu alcance, o que contraria, expressamente, as disposições legais contidas no artigo 72 e no inciso VI do artigo 78, ambos da Lei de Licitações.

Vincular a subcontratação à prévia autorização do ente Municipal, sem estabelecer, explicitamente, as suas hipóteses, torna a referida cláusula editalícia ilegal ou, minimamente, em desconformidade com os princípios que regem a Administração Pública.

Com efeito, em que pese a irregularidade da cláusula editalícia, não restou provado nos autos que a ausência de previsão dos limites para eventual subcontratação no edital tenha, de alguma forma, prejudicado a execução do contrato celebrado, razão pela qual, deixo de aplicar penalidade ao responsável pela licitação em exame.

Recomendo, contudo, ao atual gestor, que nos editais futuros, estabeleça regras claras com relação à subcontratação definindo, expressamente e de forma explícita e objetiva, os seus limites.

### **II.2.3. Da adoção indevida do Sistema de Registro de Preços**

A denunciante alega que no edital em análise foi adotado o Sistema de Registro de Preços, muito embora tratar-se de contratação de evento com data específica para acontecer e com quantitativos definidos para suprir o evento.

Asseverou, portanto, que não há que se falar em adoção de Sistema de Registro de Preços, mas sim de Pregão Presencial para a realização de evento específico, qual seja, a EXPO TRÊS/2017, com data marcada para acontecer no período de 21 a 24 de setembro de 2017.

Os defendentes alegaram que o certame em análise alcançado através do Sistema de Registro de Preço, foi realizado no dia 21 de julho de 2017 para evento que seria realizado no período de 21 a 24 de setembro de 2017, ou seja, para contratação futura. E que, portanto, caso fosse adotada outra modalidade, seria assinado contrato, gerando direitos e deveres entre as partes, que poderiam vir a onerar o poder público caso o recurso não fosse suficiente, ou em razão de necessidade de adiamento do evento.

A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal manifestaram –se pela procedência do apontamento conforme excerto transcrito a seguir:

O edital do Pregão Presencial nº 00088/2017 foi instaurado através do Sistema de Registro de Preço, previsto no § 3º do art. 15, da Lei nº 8.666/93;

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - Seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

Na ausência de decreto que regulamente este sistema, entende-se que mesmo assim ele poderá ser utilizado, conforme recomenda a doutrina abaixo citada. Não haverá impedimento para sua utilização, bastando a Lei nº 8.666/93 para assegurar a sua validade jurídica. Assim leciona a Consultoria da Zênite:

14137 – Contratação pública – Sistema de Registro de Preços – Aplicação – Decreto regulamentador – Desnecessidade – Renato Geraldo Mendes

Apesar de o § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666/93 dizer que o registro de preços será regulamentado por decreto, é perfeitamente possível instituí-lo mesmo não existindo decreto regulamentar. O fato de poder ser regulamentado por decreto não implica reconhecer que o registro de preços não pode ser utilizado sem essa condição, uma coisa não depende, necessariamente, da outra. No âmbito federal, a regulamentação foi fixada pelo Decreto nº 7.892/13 e pelo Decreto nº 7.581/11 (RDC), vários estados e municípios também já regulamentaram o registro de preços. Sob os pontos de vista técnico e jurídico, a ausência de regulamento não impede a utilização do registro de preços, pois a Lei nº 8.666/93 é suficiente para assegurar a sua necessária validade jurídica, bem como garantir a definição das regras e condições necessárias. O registro de preços tem um perfil normativo minimamente definido no art. 15 da Lei nº 8.666/93, o que é o bastante para utilizá-lo. Ademais, na ausência de decreto, o edital cumpre perfeitamente a função de regulamentação. Aliás, essa possibilidade é defendida com precedência por Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos. Portanto, respeitados os valores e condições previstas na ordem jurídica, tem a Administração a possibilidade de estabelecer no edital todas as condições e exigências que se fizerem necessárias para assegurar a plena satisfação da sua necessidade e garantir a mais adequada eficiência na gestão do contrato. Assim, órgãos e entidades que integrem estados e municípios que ainda não possuam decreto regulamentar poderão instituir o registro de preços, bastando, para tanto, definir todas as condições do negócio pretendido no edital, desde que respeitem as exigências fixadas na ordem jurídica. Por fim, atualmente, está consagrada a tese de que as regras sobre registro de preços previstas no art. 15 da Lei nº 8.666/93 são autoaplicáveis, ou seja, independem de ato posterior para lhes assegurar efetividade.

Na Lei do Pregão, nº 10.520/2002, em seu art. 11 está previsto:

Art. 11. As compras e contratações de bens e serviços comuns, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando efetuadas pelo registro de preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderão adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico.

A Consultoria Zênite nos orienta, quanto à sua utilização, da seguinte forma:

8766 – Contratação pública – Pregão – Sistema de Registro de Preços – Definição

"O Sistema de Registro de Preços – SRP é o conjunto de procedimentos para registro e assinatura em Ata de Preços que os interessados se comprometem a manter, por determinado período de tempo, para contratações futuras de compras ou de serviços frequentes, a serem realizadas nas quantidades solicitadas pela Administração e de conformidade com o instrumento convocatório da licitação. Sendo um sistema, não é modalidade de licitação. A Lei 8.666 determina que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através do SRP (art. 15, II). Assim, a não-escolha do SRP deve

ser justificada. Com isso, a lei revela que o SRP busca racionalizar e simplificar o processo de contratação, em respeito à eficiência. Por força do art. 11 da Lei 10.520, de 2002, prevendo que bens e serviços comuns podem ser contratados pelo SRP previsto nas normas gerais do art. 15 da Lei 8.666, entendemos que tais contratações também, sempre que possível, deverão ser processadas através do SRP". (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 83.)

Uma vez esclarecido que o Sistema de Registro de Preços pode ser utilizado sem que o órgão o tenha regulamentado através de decreto, tendo em vista o entendimento de que as regras sobre registro de preços previstas no art. 15 da Lei nº 8.666/93 são autoaplicáveis, ou seja, independem de ato posterior para lhes assegurar efetividade, e que o SRP busca racionalizar e simplificar o processo de contratação, em respeito à eficiência, bem como que a sua não utilização deve ser justificada no processo, entendimentos esses que esta Coordenadoria Técnica coaduna, cumpre agora analisar o cerne da questão, qual seja, se o SRP foi utilizado indevidamente pela Prefeitura denunciada.

Ainda, seguindo as orientações da citada Zênite Consultoria, cumpre registrar o entendimento abaixo transcrito:

14118 – Contratação pública – Planejamento – Sistema de registro de preços – Fornecimento único – Art. 3º, inc. I, do Decreto nº 7.892/13 – Possibilidade – Renato Geraldo Mendes

É possível utilizar o registro de preços para viabilizar um único fornecimento? A resposta é afirmativa. Não há nenhuma ilegalidade nisso, até porque o pressuposto lógico do registro de preços não é a possibilidade da existência de múltiplos fornecimentos. A possibilidade de utilizar o registro de preços para viabilizar fornecimentos frequentes, tal como a prevista no inc. I do art. 3º do Decreto nº 7.892/13, representa apenas uma hipótese de cabimento do seu emprego e, como esclarecemos, não se pode confundir o pressuposto lógico com a hipótese de cabimento. **Assim, o que torna possível a utilização do registro de preços, em princípio, é a ideia de incerteza em relação à demanda, e não o fato de o negócio produzir vários fornecimentos.** Em que pese os referidos argumentos, o TCU entendeu que é ilícita a utilização do Sistema Registro de Preços quando as peculiaridades do objeto a ser executado e sua localização indicam que só será possível uma única contratação, por violar o previsto nos incisos do art. 2º do Decreto nº 3.931/01. O Relator, ao efetuar exame dos esclarecimentos apresentados pelo gestor, afirmou que “restou evidente que a modalidade utilizada pretendeu agilizar a contratação, ante a falta crédito orçamentário quando da deflagração da licitação”. E mais: “na forma como foi concebido o certame só seria possível a contratação uma única vez, para o serviço ali explicitado, situação que descaracteriza por completo a opção pelo sistema de registro de preço” (TCU, Acórdão nº 113/2012, Plenário, Rel. Min. José Jorge, DOU de 02.02.2012). Não é possível concordar com o conteúdo da decisão do TCU, principalmente porque ela conclui que a utilização do registro de preços, no caso indicado, é ilegal, bem como que o fato de se obter um único fornecimento ou serviço descaracterizaria o registro de preços. Minha opinião é a de que não houve ilegalidade nem descaracterização do registro de preços. Aliás, é perfeitamente razoável um órgão que depende do repasse de recursos de um convênio para adquirir, por exemplo, um equipamento para um hospital possa se valer do registro de preços, mesmo que se trate de um único fornecimento, isto é, um único equipamento. **A propósito, foi para atender a situação de incerteza que foi idealizado o registro de preços, independentemente do número de fornecimentos que a relação jurídica propiciará.** Nesse caso, a incerteza em relação ao repasse dos recursos assegurados no convênio pode ensejar perfeitamente a utilização do registro de preços. Não vejo nenhuma ilegalidade nisso. (Grifos nossos)

Em artigo publicado pela Chefe da Divisão de Consultoria, Licitações e Contratos da Procuradoria Federal da Agência Espacial Brasileira – AEB, Fabiana de Oliveira Coelho, extraído da internet, cumpre destacar a seguinte conclusão:

Dessa forma, cabe destacar algumas das inúmeras vantagens que a Administração Pública detém ao implementar o SRP: a) ausência de previsão orçamentária para sua realização; b) contratação somente no surgimento da necessidade; c) atendimento às demandas imprevisíveis; d) redução do volume de estoque através do almoxarifado virtual; e) eliminação do fracionamento de despesas; f) redução do número de licitações; g) desburocratização e ampliação do uso do poder de compra, possibilitando agilidade e obtenção de preços menores nas contratações; h) agilidade e eficiência; i) preços unificados; j) investimento parcelado; k) padronização de materiais, entre outras. Defendem-se, assim, as vantagens de um procedimento mais aberto e flexível, consentâneo com a expansão do universo potencial de fornecedores e com a economicidade e agilidade indispensáveis à aquisição de suprimentos e contratação de serviços para a Administração Pública. No mais, observa-se que a utilização do SRP está cada vez mais popular e habitual entre os diversos órgãos administrativos, o que deve ser incentivado pelo profissional do direito no assessoramento da atividade administrativa federal.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão nº 1.175/2017, admitiu que o Serviço de Registro de Preços – SRP fosse utilizado para a contratação de serviços de organização de eventos. O TCU permitiu o uso do SRP, desde que sejam utilizadas medidas para evitar prejuízo ao erário e superfaturamento.

Assim está disposto no voto do relator, quanto a esta questão:

7. Quanto à utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços de organização de eventos, observo que esta Corte de Contas tem se inclinado a admiti-la, reconhecendo tais serviços como padronizáveis, desde que adotadas medidas voltadas à evitar a ocorrência de jogo de planilha e de utilização indevida por órgãos não participantes, e ressaltando a importância de que haja planejamento adequado, especialmente para definição realista dos quantitativos estimados de serviços, a exemplo do que fora consignado no Acórdão 1.678/2015- TCU-Plenário. Na mesma linha seguiram os Acórdãos 2857/2016-TCU-Plenário, 115/2016-TCU- Plenário, 95/2016-TCU-Plenário, 1120/2010-TCU-2ª Câmara. Ademais, esse entendimento não colide com o Acórdão 1712/2015-TCU-Plenário, que tratou de objeto distinto, como bem apontado pela Eletrobrás e pela Selog.

O Sistema de Registro de Preços apresenta algumas vantagens, como agilidade e eficiência, e também, por exemplo, dentro da vigência da ata de registro de preços, a Administração poderá contratar os serviços para nova demanda, se necessário e se for do interesse do órgão licitante, reduzindo assim, durante o exercício financeiro, os custos operacionais e de publicidade com um novo certame.

Porém, foi observado no caso em tela que os requisitos para a aplicação do Sistema de Registro de Preços - SRP não foram preenchidos, uma vez que não há incerteza em relação à demanda; a entrega não será parcelada; os serviços não serão contratados por unidade de medida; os serviços não foram padronizados, pois a contratação não irá atender a mais de um órgão; e o quantitativo foi definido de acordo com o evento licitado, a 50ª EXPO TRÊS/2017.

Pelo exposto, conclui-se pela procedência deste item da denúncia, tendo em vista os argumentos acima transcritos.

Conforme bem delineado pela Unidade Técnica, o SRP tem se mostrado uma alternativa simples e econômica para os órgãos e entidades públicas, sobretudo para assegurar que seu “poder de compra” seja exercido nos limites de sua necessidade e previsibilidade. A referida modalidade legal assegura, ainda, maior economicidade, já que, para além da aquisição no

limite da necessidade, evitar que a Administração Pública tenha que realizar novos, custoso e morosos processos licitatórios. No lado do logística e controle, evitar aquisição de bens que necessitam ficar em estoque e com recorrente controle e fiscalização. Enfim, trata-se de uma modalidade absolutamente vantajosa.

A referida modalidade, contudo, parte da premissa de evento futuro e incerto, em que pese previsível, a depender de diversas fatores e circunstâncias, logo, em se tratando de contratação para um evento certo, com as especificidades já definidas, com data, local e público estimado, o SRP não deve ser utilizado e, sim, outras modalidades de concorrência previstas em lei.

Nesse horizonte, seguindo o entendimento exposto pela Unidade Técnica, que adoto também como fundamento, reconheço a irregularidade na modalidade empregada (SRP) e, por conseguinte, julgo procedente o apontamento.

#### **II.2.4. Do número insuficiente de artistas sugeridos pela Administração para apresentação dos shows**

A denunciante alega que a Prefeitura apresentou um rol pequeno e com poucas opções de artistas para serem contratados, e que dentre eles, alguns, inclusive de renome, não teriam data disponível para os shows, ou mesmo não se apresentam em eventos daquela natureza (EXPO TRES). E que dessa forma, poderia haver um direcionamento do certame para determinada empresa que já possua uma reserva remanescente de artistas para apresentação no evento.

Alegou, ainda, que a Prefeitura poderia realizar a contratação dos artistas por inexigibilidade de licitação, vinculando o processo licitatório apenas para a estrutura do evento, caso faça questão de determinados artistas específicos.

Os responsáveis alegaram em sede de defesa, que o meio utilizado para a contratação dos artistas se mostrou perfeitamente adequado, atendendo os princípios norteadores do direito administrativo.

A Unidade Técnica, em exame, afirmou que a Prefeitura Municipal de Três Corações procedeu de forma correta ao incluir no objeto da licitação a contratação de artistas para o evento realizado, pois a contratação dos artistas não foi realizada diretamente com os artistas ou com seu empresário exclusivo, conforme exige o art. 25, inciso III da Lei Federal n. 8.666/93. A contratação de artistas consagrados, por meio de quem detém “carta de exclusividade” não afasta a obrigatoriedade do processo licitatório, pois, tais detentores não possuem vínculo fixo e estável, mas, apenas, uma relação meramente temporária.

Afirmou, ainda, que em relação ao quantitativo de artistas, o agente público tem uma margem relativa de liberdade para escolher a opção que melhor atenda ao interesse público. E concluiu pela improcedência do referido apontamento.

O Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o exame apresentado pela Unidade Técnica.

Conforme destacado pela Unidade Técnica o art. 25, inciso III, da Lei Federal n. 8.666/1993 é claro ao estabelecer os requisitos cumulativos exigidos para o caso de inexigibilidade de licitação para contratação de artista consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, que exige, dentre outras, que a contratação seja feita diretamente com o artista, ou então, com o seu empresário exclusivo, que é aquele que administra o artista de forma constante e duradoura, não se confundindo com a figura do mero intermediário, que por sua vez, se traduz naquela pessoa que apenas agencia eventos, tornando, em regra, em razão de mais um “agente” na cadeia, o evento mais oneroso.

No presente caso, verifica-se que a contratação dos artistas não seria realizada diretamente com os mesmos ou com os respectivos empresários exclusivos, mas sim por meio de intermediário. Sem prejuízo, ainda que estivesse diante de uma possível inexigibilidade de licitação, a escolha por essa adoção é um ato administrativo discricionário do Administrador Público.

Noutro giro, no que se refere ao quantitativo de artistas, como bem apontado pela Unidade Técnica, a Administração Pública dispõe de uma certa margem de liberdade que o poder discricionário lhe confere, para escolher a opção que melhor atenda ao interesse público.

Assim, em consonância com o relatório técnico, julgo improcedente o item da denúncia.

#### **II.2.5. Do prazo estipulado para a realização da visita técnica**

A denunciante alega que o item 9.7.2 do edital, que estipulava as visitas técnicas ao local da realização do evento, restringia a competitividade do certame, na medida em que a abertura do certame estava programada para o dia 21/07/2017 e as visitas se encerrariam no dia 14, ou seja, uma semana antes.

Asseverou que solicitou junto ao setor de licitações que fosse agendada a visita para o dia 20/07/2017, um dia antes do certame, visando economia para as licitantes, que realizariam somente uma viagem para a visita e participar do certame, o qual foi negado sob o argumento de que o edital só permitia a visita até o dia 14/07.

A Unidade Técnica, em análise preliminar, afirmou que a Administração Pública tem o poder discricionário de verificar a necessidade de visita ao local de execução do objeto, e em sendo necessária a visita, estipular as condições para a sua realização, determinando data e hora para a sua realização, sempre de modo a atender não só aos interessados em participar da licitação como também a conveniência administrativa em respeito ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Entendeu que no caso em exame, o prazo fixado de 5 (cinco) dias, com encerramento uma semana antes da abertura dos envelopes, restringe o caráter competitivo, na medida que impede a participação de interessados que venham a tomar conhecimento do certame dentro desse período. E que a fixação de prazo para visita técnica antes da entrega dos envelopes afronta o art. 3º da Lei Federal n. 8.666/1993.

Conclui assim, pela irregularidade do apontamento.

Os defendentes alegaram em defesa, que todas as empresas participantes, inclusive a licitante vencedora, fizeram a visita técnica, e juntaram aos autos os atestados de visita técnica que comprovam tal alegação.

Afirmaram, ainda, que em sede de impugnação, a Pregoeira determinou ao denunciante, que apresentasse documento de próprio punho, alegando conhecer o local, e não o fez.

Além do mais, destacaram que observada a necessidade da visita *in situ*, os participantes tiveram seus interesses atendidos, vez que possuíam tempo e disponibilidade suficiente para se deslocarem até o local, onde ocorreria a 50ª EXPO TRÊS/2017, diante da conveniência pública em determinar prazo de inspeção que entendeu ser necessário.

Concluíram, por fim, que não houve prejuízos aos interessados em participar da licitação, independente do prazo ali estabelecido, assim como o denunciante ignorou a oportunidade de apresentar documento que retiraria a obrigatoriedade da visita.

A Unidade Técnica, em sede de reexame, entendeu pela improcedência do referido apontamento, na medida em que, conforme alegado pelos defendentes, todos os licitantes

realizaram a visita técnica e que, em sede de impugnação, foi dada a licitante impugnante a oportunidade de apenas apresentar documento alegando que conhecia o local.

A questão, dessa forma, é de fácil resolução, na medida em que os defendentes comprovaram, com relatórios técnicos, a realização da visita ao local por todos os licitantes. E mais, comprovou, também, que ofertou aos licitantes o direito de declarar o conhecimento do local, sem impor o ônus da visita como condição de participação.

Desse modo, em consonância com o relatório técnico, concluo pela improcedência do presente apontamento.

#### **II.2.6. Da obrigatoriedade da visita técnica ao local da execução dos serviços**

A denunciante alega que a obrigatoriedade da visita técnica limita o universo de competidores, e que poderia ser substituída pela declaração do licitante de que possui pleno conhecimento das condições de prestação dos serviços.

A Unidade Técnica, em exame preliminar, entendeu pela procedência do referido apontamento baseando-se no entendimento da Consultoria da Zênite conforme excerto transcrito a seguir:

8588 – Contratação pública – Planejamento – Habilitação – Capacidade técnica – Visita técnica – Direito ou dever a ser imposto ao interessado – Critério – Renato Geraldo Mendes

A principal questão que norteia a realização da visita técnica é saber se tal condição representa um direito do interessado ou um dever a ser por ele cumprido, sob pena de inabilitação. Se entendermos que é um direito, terá o interessado a possibilidade de abrir mão dele e, por força disso, não realizar a vistoria, sem que isso implique o seu afastamento do certame. Assim, a não realização da vistoria pelo interessado, mesmo tendo sido conferida a ele tal possibilidade, representaria a plena aceitação das condições locais mesmo não as conhecendo. Nesse caso, entende-se que foi dado ao particular o direito de vistoriar o local da execução e que ele, não o fazendo, assumiu os riscos inerentes à sua omissão. Logo, não poderá argumentar desconhecimento das condições locais para a execução do contrato para eximir-se de responsabilidade que integra o encargo, claro que, desde que tais condições estejam presentes ou que possam ser identificadas em razão da vistoria. No entanto, se for entendido que a vistoria é um dever do interessado e que ele não pode se eximir de cumpri-la, a sua não realização implicará a inabilitação dele. É perfeitamente possível sustentar essa tese e entender que a realização da vistoria não é uma faculdade, mas um dever a ser atendido. O fundamento para essa tese é a potencialidade do risco que envolve determinados encargos e a obrigação da Administração de reduzi-lo ao máximo. Nesse sentido, é razoável sustentar que o interessado está obrigado a conhecer as condições locais de execução como requisito necessário para avaliar sua própria condição técnica em face do objeto a ser executado. É evidente que isso não elimina o risco, mas reduz sua potencialidade. Aliás, todas as exigências feitas no tocante à capacidade técnica não eliminam os riscos que envolvem a execução, apenas reduzem a possibilidade de inexecução do contrato. Essa é a ideia que norteia o planejamento e as exigências que dele decorrem. Seguindo a lógica e a determinação prevista na parte final do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal, é possível resolver a questão de duas diferentes formas. A determinação constitucional é no sentido de que as exigências técnicas sejam calibradas pelo objeto (ou pelas obrigações a serem executadas). A solução tem de seguir essa lógica necessária. Portanto, a solução variará de acordo com a complexidade da obrigação (objeto). Sendo as condições locais de execução pouco relevantes para o sucesso da contratação, poderá a Administração apenas facultar ao licitante o direito de realizar a vistoria. Por outro lado, sendo as condições locais relevantes, poderá a Administração impor a condição de realização da vistoria como um dever, cujo não cumprimento acarretará a inabilitação do licitante. A

adoção desse critério (direito ou dever) não afasta a possibilidade de o interessado poder vistoriar as condições locais sempre que entender necessário. Para tanto, caberá à Administração, mesmo quando não fixar a condição como dever, disciplinar o exercício do direito a ser exercido pelo licitante.

Por se tratar o objeto licitado de evento de grande vulto, com potencial participação de público, e envolvendo a montagem de estruturas diversas, entende-se que o conhecimento das condições locais é necessário. Porém, como estes eventos são realizados, de forma geral, em espaços públicos como os parques de exposição, entende-se que a Administração poderá apenas facultar ao licitante o direito de realizar a visita e exigir apenas a declaração de que o proponente tem conhecimento do local de realização do evento.

O entendimento predominante nesta Corte é o de que a visita técnica está atrelada ao juízo de oportunidade e conveniência do gestor, desde que a exigência seja pertinente com o objeto da licitação e não comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação.

Neste sentido, o Conselheiro Wanderley Ávila, Relator nos autos da Denúncia 880.131, entendeu:

Em que pese os argumentos dos defendentes, entendo, na linha do órgão técnico, que a questão do atestado de visita técnica como documento necessário para habilitação dos licitantes não encontra amparo no disposto no art. 30 - que cuida da qualificação técnica - da Lei Nacional de Licitações: Lei nº 8.666/83, e se o licitante apresentou os demais requisitos de habilitação, não haveria por que se lhe impor o gravame da inabilitação. A exigência da visita técnica como requisito à habilitação é exorbitante, a meu ver, pois o inciso III do art. 30 exige comprovação de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações, objeto da Licitação, o que não deve ser entendido como presença física dos participantes no local dos serviços. Ademais, o objeto da licitação deve ser claro, e a identificação correta da realização do evento nas localidades especificadas, deveria ter sido previamente definida no Edital. A especificação da estrutura necessária foi apresentada, mas só ela não basta. Depreende-se da manifestação dos defendentes que não se sabia exatamente onde se instalariam os rodeios nas localidades informadas.

Entende-se, portanto, que a denúncia tem procedência quanto a este ponto, pois seria razoável facultar a presença física do licitante no local da execução do objeto, e não a impor com obrigatoriedade, sob pena de inabilitação.

Os defendentes alegaram em sede de defesa, que em observância da necessidade da visita técnica, os participantes tiveram seus interesses atendidos, uma vez que possuíam tempo e disponibilidade suficiente para se deslocarem até o local onde ocorreria o evento, diante da conveniência pública em determinar prazo de inspeção. Não obstante, foi oportunizado ao denunciante, assim com aos demais interessados/licitantes, a apresentação de documento de próprio punho declarando conhecer o local, o que não foi levado à efeito pelo denunciante.

A Unidade Técnica, em sede de reexame, entendeu com base no art. 30, inciso III, da Lei Federal n. 8.666/1993, que dispõe sobre a documentação relativa à qualificação técnica, que a exigência contida no edital, referente a visita técnica, mostra-se restritiva ao caráter competitivo, uma vez que o evento seria realizado em espaço público e a Administração poderia ter facultado ao licitante o direito de realizar a visita, exigindo, apenas, a declaração de que o proponente tinha conhecimento do local da realização do evento.

Afirmou, porém, que como alegado e demonstrado pelos defendentes, todos os participantes procederam a visita técnica e inclusive, em resposta a impugnação, foi dado ao licitante impugnante, ora denunciante, a oportunidade de apenas apresentar documento alegando ter

conhecimento do local. Concluiu assim, pela improcedência do referido apontamento por entender não ter havido qualquer prejuízo aos licitantes.

Dessa forma, considerando a análise realizada pelo Órgão Técnico, e em observância ao princípio da eficiência e da economicidade, adoto as razões por ela apresentadas, e voto pela improcedência do referido apontamento.

### **II.2.7. Da insuficiência de gradis de contenção e de banheiros químicos solicitados no termo de referência**

A denunciante alega a insuficiência de alguns quantitativos solicitados no edital, para a prestação dos serviços almejados, como a quantidade insuficiente de placas de fechamento, gradis de contenção e sanitários químicos.

Os defendentes alegaram também, que tal apontamento não merece prosperar uma vez que o denunciante não apresentou qualquer laudo que demonstrasse que os quantitativos dos itens solicitados no edital eram insuficientes para a realização do evento.

Afirmaram, ainda, que o evento ocorreu de forma tranquila, sem qualquer ocorrência que pudesse ser atribuída à falta de gradis ou de banheiros químicos.

A Unidade Técnica, em seu relatório, afirmou que cabe ao órgão licitante, dentro da sua atuação discricionária, dimensionar o objeto de acordo com a sua necessidade e conveniência, sempre privilegiando o interesse público. E que as quantidades solicitadas foram levantadas pela área técnica, levando em consideração as experiências anteriores, posto se tratar da 50ª exposição realizada. Assim, concluiu pela improcedência do apontamento.

Dessa forma, considerando se tratar de questão de menor complexidade, adoto como razão de decidir o relatório técnico e julgo improcedente o referido apontamento.

### **II.2.8. Da vedação ao recebimento de impugnações e recursos através de fac-símile e ou e-mail**

A denunciante alega que o edital veda o recebimento de impugnações e recursos via fac-símile ou e-mail, condicionando-os ao protocolo no Departamento de Licitações da Prefeitura.

Argumentou que tal proibição onera desnecessariamente os interessados em participar do certame, uma vez que, de modo geral, têm sua sede instalada em locais mais distantes. Saliento, também, que tal exigência seria descabida, posto que a impugnação ou recurso enviados por meios eletrônicos possuem o mesmo valor que os protocolados, desde que assinados pelos interessados.

Os defendentes alegaram em defesa que a forma habitual para recebimento dos recursos e impugnações de processos licitatórios é via Correios (postal), uma vez que, o Município de Três Corações/MG, por questões técnicas justificadas, não implantou, ainda, a modalidade Pregão Eletrônico e, portanto, em sendo o processo licitatório realizado de forma física, o mais adequado seria receber os recursos e impugnações da mesma forma.

A Unidade Técnica, em exame, entendeu pela irregularidade do apontamento com base em decisão desta Corte de Contas no Processo de Denúncia n. 924.098, transcrito a seguir:

#### **2. Restrição à apresentação de recursos**

O Órgão Ministerial considerou irregular a Cláusula 13, subitem 13.2.1 do edital (fls. 37/38), sob o argumento de que a exclusão da possibilidade de interposição de impugnação e de recurso via fac-símile ou e-mail restringiria o exercício do contraditório e da ampla defesa. Para tanto, colacionou julgado do Tribunal de Contas da União – TCU no qual é admitida a impugnação via fax, mediante posterior remessa do documento original.

Analisando o instrumento convocatório, verifico que consta, especificamente no subitem 13.2.1, que “não será dado conhecimento aos recursos, impugnações, representações ou consultas que forem encaminhados via fax, e-mail, ou qualquer outro meio, que não seja o protocolo do original na divisão competente”, demonstrando a restrição ao direito de ampla defesa e contraditório pelos licitantes. A exigência de que as impugnações e recursos interpostos pelos licitantes sejam entregues na sede da prefeitura, a teor da cláusula 13, poderia, em tese, dificultar o exercício do direito de petição de licitantes que não possuam sede no Município de Marliéria. A alegação de que, apesar do grande número de licitantes, não houve interposição de recursos, não pode ser acolhida como tese defensiva. Contudo, diante da justificativa de que a redação restritiva da Cláusula 13 não está sendo mais utilizada nos editais, aliado ao fato de que não foram comprovados prejuízos à Administração, nem aos próprios licitantes, deixo de aplicar multa ao prefeito e à presidente da comissão de licitação.

Todavia, recomendo que, em certames vindouros, adote-se redação editalícia mais abrangente quanto ao direito de petição, admitindo-se formas de impugnação e interposição de recursos à distância. Em concordância e acatamento ao que recomenda esta Corte de Contas, esta Unidade Técnica entende pela irregularidade deste item.

O Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o exame realizado pela unidade técnica quanto ao referido apontamento.

Inicialmente, cumpre destacar que para atender de forma ampla, o objetivo legal da concorrência, deveria a Administração Pública assegurar todas as formas legais e seguras de recebimento de recursos e impugnações.

O caso em exame, lado outro, em que pese vedar os meios eletrônicos, não impede que o referido recurso seja remetido pela via postal (Correios), o que, de certa forma, assegura que os licitantes que se localizam distantes da sede da Administração Pública possam exercer o seu direito de impugnar e ou de recorrer sem a necessidade e ônus do deslocamento.

Assim, em que pese a vedação da Administração Pública em estabelecer cláusulas ou regras que impeçam ou limitem a concorrência, verifico que o próprio denunciante exerceu seu direito de impugnar, assim como outros licitantes, o que demonstra a preservação no caso em exame, do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

De toda sorte, considerando a segurança da transferência e transação de documentos pela via eletrônica, não me parece razoável que o Edital contenha cláusula que impeça que os licitantes possam se valer deste expediente para o exercício do direito de petição, razão pela qual, reputo que o referido apontamento é, de fato, irregular.

Isto posto, julgo procedente o apontamento, uma vez que a limitação dos meios eletrônicos para fins do exercício do direito de petição, caracteriza restrição ao caráter competitivo e violam, por consequência, o direito constitucional dos licitantes à ampla defesa e o contraditório.

Deixo, contudo, de aplicar a penalidade, na medida que em o denunciante e outros licitantes exerceram, em que pese a restrição, o direito de impugnar e recorrer.

Recomendo, contudo, ao atual gestor, que assegure o direito dos licitantes de impugnar, recorrer e se manifestar no processo licitatório, por todos os meios seguros de peticionamento, sobretudo os eletrônicos.

### **II.2.9. Do percentual estipulado para aplicação de multas contratuais**

A denunciante alega que o edital prevê multa de 50% (cinquenta por cento) do valor global da proposta, caso não seja apresentado Carta de Exclusividade dos Artistas que se apresentarão no evento.

Afirmou que o edital não pode prever cláusulas leoninas, multas exageradas e descabidas, devendo ser observado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na elaboração das cláusulas a fim de que sejam justas para ambas as partes envolvidas no certame e no contrato.

A Unidade Técnica entendeu pela regularidade dos percentuais estabelecidos no instrumento convocatório, item 26.1, mostrando-se razoáveis e compatíveis com a praxe administrativa. No entanto, considerou irregular a observação constante do Termo de Referência que prevê multa de 50% (cinquenta por cento) incidente sobre o valor global da proposta ao licitante adjudicatário que não apresentasse a Carta de Exclusividade dos Artistas que se apresentariam, durante o evento, conforme proposta apresentada, conforme excerto transcrito a seguir:

A Lei nº 8.666/93 dispõe sobre a aplicação de sanções administrativas para casos de descumprimento contratual. Prevê em seu artigo 55, as cláusulas contratuais necessárias, das quais cita-se:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

(...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

Ainda prevê no art. 87, inciso II:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

(...)

Dessa forma, os contratos administrativos deverão conter os prazos para entrega do serviço, a discriminação do serviço com todas as etapas e as penalidades cabíveis no caso de inadimplência. A penalidade tem como intuito resguardar o interesse público dos prejuízos advindos de uma desobediência contratual, e o caput do art. 86, §1º da Lei de Licitações, prevê a possibilidade de aplicação de multa até mesmo cumulativamente com a rescisão contratual:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

A Lei nº 10.520/2002, em seu art. 7º enuncia:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco)

anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

É relevante citar as orientações sobre aplicação de multa e a fixação de seus percentuais, extraídas do trabalho elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

#### PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na aplicação das sanções, deve-se levar em consideração a gravidade da conduta do infrator (reprovabilidade da conduta), o caráter educativo da pena, bem como o dano causado à Administração.

#### MULTA

Fixar os percentuais a serem aplicados, podendo reduzir o percentual da multa, bem como a temporalidade da incidência (por dia, por hora, etc.), observando: as peculiaridades do objeto a ser contratado, o percentual máximo fixado pela lei e os fundamentos legais. Não há a fixação legal de percentuais para multa moratória (sancionatória) ou compensatória (indenizatória), devendo a Administração, na fase do planejamento da contratação, estabelecer o percentual do valor da multa com base na praxe dos contratos e orientada com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A Zênite Consultoria assim orienta acerca da fixação dos percentuais das multas moratória e compensatória: 5806 – Contratação pública – Contrato – Sanção – Multa – Moratória e compensatória – Diferenças – Critérios para fixação. A multa pode ser de natureza moratória ou compensatória. A multa moratória é aplicada em razão da mora, isto é, da demora no cumprimento das obrigações contratuais. Assim, se o contratado não cumpre os prazos que deve observar, estará revelando atraso que, se injustificado, acarretará a aplicação da multa de mora a que alude o art. 86. A multa compensatória, também de natureza sancionatória, tem por finalidade compensar a outra parte pelo dano que lhe é causado pela inadimplência ou infração do contratado. Essa multa é fixada em função do dano presumido pelo descumprimento da avença. Não há critério legal a ser utilizado pela Administração para fixação no instrumento convocatório, das multas moratória e compensatória. **O percentual aplicável a cada caso concreto será alvo de apreciação discricionária, dentro dos limites da razoabilidade e da prática de mercado.** Sobre o assunto, ver Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba: Zênite, n. 87, p. 413, maio 2001, seção Perguntas e Respostas. Sobre os critérios para aplicação das sanções de multas moratória e compensatória, ver Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba: Zênite, n. 73, p. 214, mar. 2000, seção Consulta em destaque.

Sendo assim, entende-se que os percentuais estabelecidos no instrumento convocatório, item 26.1, mostram-se razoáveis e compatíveis com a praxe administrativa.

Entretanto, embora não tenha sido apontado pela denunciante, esta Unidade Técnica verificou que no Termo de Referência, à fl. 83, está previsto multa de 50% (cinquenta por cento) incidente sobre o valor global da proposta, no caso do licitante adjudicatário não apresentar, na assinatura do contrato, a Carta de Exclusividade dos Artistas que se apresentarão durante o evento, conforme sua proposta.

Pondera-se, em princípio, que nos casos de descumprimento contratual por parte do particular, competirá à Administração Pública o dever de apenar o infrator, ante o risco de o gestor público ser responsabilizado pessoalmente.

A Lei de Licitações é imprecisa no que se refere à aplicação das penalidades previstas em seu artigo 87, o que acaba conferindo ao administrador público certa liberdade na escolha da sanção cabível no caso concreto.

Neste caso, é preponderante que a Administração Pública observe os princípios que a regem, inculpidoso caput do art. 37 da Constituição Federal, e de outros previstos na Lei nº 8.666/93, em especial, o princípio da razoabilidade, onde a multa aplicada deverá se

adequar à infração praticada, considerando-se a gravidade desta, as suas consequências e os prejuízos dela advindos.

Porém, no que se refere à razoabilidade, cumpre a esta Coordenadoria expor o seu entendimento acerca da previsão desta multa no instrumento convocatório. à fl. 83 dos autos do processo, constam observações que integram o Termo de Referência, prevendo conforme transcrito:

- Para a assinatura do contrato, o Licitante Adjudicatário deverá apresentar a Carta de Exclusividade dos Artistas que se apresentarão durante o evento, conforme sua proposta, sendo que a falta do documento ensejará multa de 50% (cinquenta por cento) incidente sobre o valor global da proposta.

A contratação de artista, através do seu empresário exclusivo, está prevista no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, que trata da inexigibilidade de licitação. E, por oportuno, cita-se trecho do artigo “Contratação de empresas de eventos para realização de shows por inexigibilidade”, extraído da internet, da Zênite Consultoria:

Destaque-se também, por oportuno, o seguinte trecho de voto condutor, exarado pelo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, nos autos do TC 17880/026/11:

A contratação de artista, por inexigibilidade, visa a prestigiar o caráter personalíssimo do seu trabalho, o que inviabiliza a adoção de critérios objetivos para a realização de certame licitatório.

No entanto, caso haja pluralidade de empresários, possível é a competição entre eles, impondo-se a prévia licitação.

A finalidade da Carta de Exclusividade é para comprovar o agenciamento de determinado artista por um único empresário, exclusivamente, nos casos de inviabilidade de competição. Não se justifica solicitar tal documento em um procedimento licitatório, uma vez que numa disputa desta natureza não há necessidade, tampouco razão, para que se exija que o artista proposto seja contratado através de empresário exclusivo. Menos ainda, que se exija o pagamento de uma multa de valor módico pela não apresentação de um documento considerado irrelevante para o fim que se almeja.

Acrescenta-se que o edital prevê que, na fase da proposta, a Pregoeira e sua Equipe de Apoio poderão diligenciar os escritórios dos artistas propostos, para certificar-se de que os mesmos estarão disponíveis para a empresa proponente, e que a não confirmação da disponibilidade do artista acarretará a desclassificação da proposta (fls. 83, 103 e 104). Sendo assim, reforça-se a desnecessidade da exigência da Carta de Exclusividade.

Portanto, esta Unidade Técnica indica como irregular a exigência de Carta de Exclusividade dos Artistas para a licitação em tela e a exigência da multa no importe exorbitante de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor global da proposta no caso de não apresentação desta carta de exclusividade.

No parecer acostado às fls. 608/609, o Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o exame realizado pela Unidade Técnica quanto ao referido apontamento.

Com efeito, para além dos escorritos fundamentos apresentados pela Unidade Técnica, que desde já os adoto, destaco, com relevo, que a referida multa encontra-se atrelado à documento (carta de exclusividade) a ser apresentada como condição da celebração do contrato, ou seja, não se trata de descumprimento contrato e, sim, de suposta ausência de condição de contratação. Ainda que seja possível a estipulação de penalidades pela não concretização do contrato no processo licitatório, entendo que o patamar estipulado, se devida fosse a multa, violaria o princípio da razoabilidade, sobretudo pela possibilidade da pregoeira, no curso do certame, realizar diligências para certificar a disponibilidade dos artistas.

A questão, contudo, é que não se está contratando diretamente o artista ou seu empresário exclusivo, pois, se assim fosse, estar-se-ia diante do processo de inexigibilidade, oportunidade

que seria perfeitamente possível a estipulação de multa, inclusive no patamar de 50%, na hipótese do descumprimento contratual destes (artistas ou empresário exclusivo).

Dessa forma, voto pela procedência do referido apontamento feita pela Unidade Técnica, não com relação ao excesso ou razoabilidade da multa, mas, sim, pela exigência de carta de exclusividade.

#### **II.2.10. Do registro de evento no Instituto Mineiro de Agropecuária**

A denunciante alega que consta no item 22.1.19 do edital, a exigência para que a empresa contratada se responsabilize pelas taxas, despesas, aprovações, alvarás e certificados correspondentes à realização do evento, inclusive pelo registro do evento no IMA – Instituto Mineiro de Agropecuária ou outro órgão equivalente.

Afirmaram que o evento se destina a realização de shows artísticos diversos, voltados principalmente para a população que aprecia a música sertaneja, não havendo, durante o evento, a presença de animais, rodeio em touros ou cavalos ou qualquer outra atividade que englobe “agropecuária” e que seja regulamentada pelo IMA.

Os defendentes alegaram em defesa que em 20/07/2017, houve uma re-ratificação do edital, excluindo a exigência de registro do evento no IMA.

A Unidade Técnica, em seu relatório, em consulta ao site da Prefeitura Municipal de Três Corações, verificou que a Administração procedeu a retificação do edital, excluindo o item referente à solicitação de registro no IMA. Assim, tendo em vista o saneamento da questão, posto que o documento solicitado indevidamente foi retirado do ato convocatório, concluiu pela improcedência do referido apontamento.

Desse modo, realizada a retificação do Edital de Pregão Presencial n. 88/2017 - Processo Licitatório n. 463/2017 pela administração, e afastada a irregularidade, reconheço a perda de objeto com relação ao referido apontamento.

#### **II.2.11. Da utilização de diligências para certificação da disponibilidade dos artistas na data da apresentação**

A denunciante alega constar no edital e no Termo de Referência a previsão de realização de diligências para certificação da disponibilidade dos artistas da data da apresentação no evento.

Afirma que, em um certame onde o critério de julgamento é o menor valor de proposta, e não os shows apresentados, onde a empresa vencedora teria um prazo determinado para apresentação da Carta de Exclusividade dos artistas que se apresentariam no evento, não se justifica a realização de diligência para garantir que o artista estaria contratado para determinada empresa.

Afirma, ainda, ser o edital confuso, uma vez que não solicita das empresas licitantes a relação dos nomes dos artistas que seriam por elas contratados e que, diante disso, prejudicado estaria a realização das referidas diligências diante do desconhecimento dos nomes dos artistas.

Os defendentes, em suas defesas, esclareceram que o instituto das diligências nas licitações, previsto no art. 43, § 3º da Lei Federal n. 8.666/1993, tem o objetivo de assegurar à Comissão Permanente de Licitação ou Pregoeiro o direito de diligenciar com a finalidade de elucidar questões surgidas, seja na fase de apreciação dos documentos de habilitação, seja na fase de julgamento das propostas. Alegaram, ainda, que a diligência tanto pode ser realizada de ofício, quanto por provocação de terceiro interessado, estando, portanto, tais diligências amparadas pela legislação vigente.

A Unidade Técnica, em exame, entendeu pela regularidade do apontamento com base em consulta feita a Zênite, conforme transcrito a seguir:

A realização de diligência é um instrumento facultado à comissão de licitação ou pregoeiro para fins de esclarecer as dúvidas relacionadas a documentos de habilitação, dados, informações ou propostas.

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93 consigna em seu artigo 43, § 3º o fundamento legal para a promoção de diligências nas licitações, estabelecendo o seguinte comando:

§ 3º É facultada à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Assim, a Consultoria da Zênite interpreta este artigo da Lei de Licitações: 10882 – Contratação pública – Licitação – Diligência – Finalidade – Renato Geraldo Mendes

A terceira parte do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93 refere-se à finalidade da diligência. Diz o referido preceito que a diligência se destina a “esclarecer ou a complementar a instrução do processo”. O teor do dispositivo revela que a diligência está intimamente relacionada à tomada de uma decisão. É em razão de uma decisão a ser tomada pela autoridade, comissão ou pregoeiro que a diligência se torna uma possibilidade.

A palavra “esclarecer” indica justamente isso, ou seja, para decidir, é preciso ter mais certeza, aclarar eventual dúvida existente e informar-se melhor a fim de que a decisão seja adequada. A palavra “complementar” cumpre basicamente a mesma função, mas indica também a necessidade de possibilitar que outros elementos comprobatórios ou de convicção, além dos já existentes, sejam trazidos para o processo. Reafirma-se, então, que a finalidade da diligência é viabilizar a melhor decisão possível. 20

16224 – Contratação pública – Licitação – Diligência – Inclusão de documentos – Possibilidade – Limites As diligências admitidas pelo art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93 devem ser realizadas em conformidade com uma das finalidades desse dispositivo, qual seja, privilegiar a competição mediante a manutenção na disputa de licitantes que tenham entregado documentação omissa ou incompleta. Justamente para viabilizar a consecução desse objetivo, é possível a juntada de outros documentos que esclareçam ou complementem as informações constantes daqueles apresentados originariamente pelo licitante. Entender de forma diversa, no sentido de que a mera inclusão de documentos novos já caracteriza a hipótese vedada no § 3º do art. 43, pode ensejar o esvaziamento dessa regra. Isso porque a ideia de esclarecimento e complementação envolve também a comprovação das informações adicionais mediante aposição de novos documentos. Agora, é importante compreender que os documentos e as informações posteriores não podem corresponder a dados inéditos no certame. É preciso que se restrinjam a esclarecer e a complementar as informações que já foram apresentadas tempestivamente pelo licitante. (Nota elaborada por Manuela Martins de Mello, integrante da Equipe Técnica Zênite.) Com relação à promoção de diligências para o fim de certificação da disponibilidade dos artistas na data da apresentação no evento, o edital, conforme o disposto no subitem 8.15, à fl.43, remete ao entendimento de que, ao elaborar a proposta de preços, a empresa proponente deverá indicar quais serão os artistas que se apresentarão, conforme agenda, de acordo com os relacionados nos blocos A e B.

A diligência tem como finalidades, além da complementação e esclarecimento de documentos omissos ou incompletos apresentados no certame, o intuito de comprovar o atendimento das condições propostas, conforme o edital. Assim leciona a Consultoria da Zênite:

É o que estabelece o seu art. 43, § 3º, pelo qual é “facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. À luz desse dispositivo, caberá à Administração solicitar maiores informações a respeito do documento

apresentado, quando este, por si só, não for suficiente para comprovar o atendimento das condições fixadas no edital.

Ao serem abertas as propostas, a Pregoeira e sua equipe de apoio poderão diligenciar os escritórios dos artistas propostos para fins de certificação de que os mesmos prestarão os trabalhos artísticos na data indicada. Portanto, infere-se que os nomes dos artistas constarão das propostas e não serão desconhecidos, como alega a empresa denunciante.

Embora o critério de julgamento seja o de “menor preço global”, as propostas deverão estar em conformidade com os requisitos do edital, conforme art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93. A Administração Municipal deve se cercar de garantias de que o objeto da licitação será executado a contento e que serão cumpridos todos os requisitos. E a diligência é um importante instrumento no auxílio da Administração para fins de certificação de que o objetivo será cumprido. E por esta razão, não se visualiza óbice à promoção de diligências, estando, portanto, as cláusulas questionadas, de acordo com os permissivos legais.

Conclui-se que não há irregularidade neste item apontado pela denunciante.

De fato, melhor sorte não assiste ao denunciante, pois, consoante preceito contido no § 3º do art. 43 da Lei Federal n. 8.666/1993, é facultado ao pregoeiro realizar diligências na busca de esclarecimentos específicos que fujam do seu conhecimento, promovendo assim o bom andamento do certame.

Assim, diante de uma incerteza surgida no curso do certame que possa ser esclarecida através de diligências, reconhece-se a realização da mesma, em atendimento ao princípio da competitividade e na busca pela melhor proposta.

Nesse passo, entendo não haver irregularidade no referido apontamento.

#### **II.2.12. Ausência de estabelecimento de preço máximo**

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas aditou a Denúncia pugnando pela irregularidade apontada envolvendo a fixação de preço máximo, ao fundamento de não constar do edital em comento cláusula editalícia exigindo a previsão de preço máximo aceitável pela Administração, resguardando-a do oferecimento de propostas com sobrepreços.

Destacou, ainda, que embora o art. 40, X, da Lei Federal n. 8.666/1993, parecer conferir a faculdade de previsão de preços máximos pela Administração, que não seria este o entendimento que tem prevalecido na jurisprudência do TCU, já que este tem decidido que a indicação de preço máximo aceitável no edital é obrigatória.

Os defendentes, em defesa, destacaram entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, bem como, dispositivos legais, no sentido de que a fixação de valor máximo como critério de aceitabilidade dos preços unitários e global é facultativa, apenas sendo vedado a fixação de preços mínimos em edital.

Concluíram, ao final, que o licitante vencedor apresentou proposta que não ultrapassou o valor estimado pela Administração, impedindo que houvesse irregularidade para discussão do valor a ser empregado em edital.

A Unidade Técnica observou que tanto a análise preliminar realizada pelo Ministério Público de Contas, quanto a apresentada pela defesa, se fundamentaram em decisões do Tribunal de Contas da União, havendo entendimento a respeito da fixação de preços máximos em ambos os sentidos, tanto pela obrigatoriedade, quanto pela faculdade da fixação de preço máximo.

Afirmou, ainda, que embora não tenha sido fixado preço máximo, consta no edital preço estimado, obtido com base em orçamentos realizados, e que o valor apresentado pela licitante vencedora observou esse limite.

Ao final, entendeu que por não haver entendimento pacificado a respeito da fixação de preços máximos em edital, deveria a questão ser submetida a apreciação superior.

Conforme se observa pela leitura do art. 40, inciso X, da Lei Federal n. 8.666/1993, a previsão do preço máximo no edital não é obrigatória, mas, sim, uma faculdade conferida a Administração pública.

De fato, de acordo com o art. 40, § 2º, inciso II, da Lei Federal n. 8.666/1993, nas várias espécies de licitações, o orçamento estimado deve vir como anexo do edital, considerando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. Contudo, em se tratando da modalidade Pregão, a jurisprudência do TCU tem entendido que a fixação do preço máximo seria uma faculdade.

Dessa forma, entendo pela não obrigatoriedade de fixação do preço máximo no edital.

No entanto, tendo em vista que, de fato, há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes e, em especial, por não trazer prejuízo a fixação preço máximo, entendo pela expedição de recomendação ao atual gestor, para que nos próximos editais de licitação faça constar a sua previsão, por se tratar de uma boa prática.

### **II.2.13. Insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários**

O Ministério Público junto ao Tribunal apontou que o Termo de Referência se apresentava irregular, pois, constava nele apenas o orçamento estimado global da contratação, o qual, no entanto, deveria ser feito em planilha de quantitativos e preços unitários.

Asseverou que a elaboração de uma planilha de estimativa de preços unitários, antes da realização do certame, é necessária, pois, por meio da pesquisa de mercado é que se pode definir, com precisão e clareza, a estimativa do valor a ser gasto na licitação, possibilitando um planejamento adequado diante das capacidades orçamentárias do ente licitante.

Por fim, concluiu que tal apontamento configura irregularidade, vez que poderia levar ao comprometimento da competitividade da licitação, já que, na sua visão, afeta diretamente a descrição do objeto.

Os responsáveis, instados a se manifestarem, apresentaram suas defesas sustentando que o Termo de Referência do edital em comento traz a planilha de quantitativos de cada item requerido para a realização do evento, e que tais itens não são obrigatórios como anexos do edital.

A Unidade Técnica entendeu pela irregularidade apontada, por violação ao princípio da publicidade, conforme excerto transcrito a seguir:

A Lei Federal n. 8.666/1993 é a lei que rege as normas gerais da Licitação. Quanto a elaboração de orçamento estimado em planilhas, os arts. 7º, §2º, II e 40, § 2º, II, ambos da Lei n. 8.666/1993, assim dispõem:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento

da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

Sendo assim, em regra, deve constar do edital o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Entretanto, no caso em análise, a licitação foi realizada na modalidade Pregão, que possui regramento próprio, sendo a Lei Federal de Licitações e Contratos aplicada subsidiariamente. O art. 3º, inciso III, da Lei n. 10.520/2002, assim dispõe a respeito da elaboração de orçamento estimado em planilha:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; (g.n)

Dessa forma, nota-se que na modalidade Pregão, a Lei não estabeleceu a obrigatoriedade de constar orçamento estimado no edital, podendo ser feito nos autos do processo.

Nesse sentido, o TCU tem se pronunciado majoritariamente pela facultatividade de divulgação do orçamento no edital do pregão, cabendo aos gestores e pregoeiros avaliarem sua conveniência e oportunidade.

Destaque-se Acórdão n. 2.166/2014, in verbis:

na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Todavia, sempre que o preço de referência ou o preço máximo fixado pela Administração for utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a sua divulgação em edital torna-se obrigatória. (BRASIL. Tribunal de Contas da União.

Plenário. Acórdão n. 2.166/2014. Relator: Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 20 ago. de 2014.)

Entretanto, este egrégio Tribunal já se manifestou pela obrigatoriedade de que a planilha de composição de preço conste como anexo do edital do pregão.

compulsando os autos, constato que não consta, dentre os anexos do ato convocatório, a planilha de custos unitários, o que indica que ela, de fato, não compunha o edital, não tendo sido, portanto, objeto de publicação. Considero, assim, irregular a ausência de publicidade do orçamento estimado em planilha de preços unitários, pois contrária ao disposto no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/93, o qual exige que o ato convocatório indique “o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso. (MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Primeira Câmara. Denúncia n. 838.897. Relator: cons. Cláudio Couto Terrão. Sessão de 19 fev. 2013) (g.n)

Nessas situações, a melhor interpretação é a de que a leitura do disposto no art. 3º, II, da Lei n. 10.520/2002 deve ser feita observando, subsidiariamente, as normas correspondentes da Lei n. 8.666/1993, não devendo ser analisada de forma autônoma.

Isso pois, o pregão está submetido ao julgamento objetivo das propostas, sendo imprescindível que o orçamento estimado em planilha seja anexo do edital, a fim de que todos os interessados tenham acesso aos critérios definidos pela Administração.

Dessa forma, entende-se que a não publicação de orçamento estimado em planilhas no edital viola o princípio da publicidade, devendo ser mantida a irregularidade.

O Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o exame apresentado pela Unidade Técnica quanto ao referido apontamento, opinando, ainda, pela aplicação de multa aos responsáveis.

Razão não assiste ao denunciado.

De fato, a exigência legal da planilha que expressem a composição de todos os preços unitários visa, sobretudo, afastar a ocorrência de dano aos cofres públicos com a celebração de contratos e ou compromissos, pela Administração Pública, com valores acima dos praticados no mercado.

A realização de criteriosa pesquisa de preços é imprescindível para evitar que a Administração Pública celebre acordos e contratos que lhe imponha excessivo ônus de pagar valores acima dos praticados no mercado, o que implicaria no indesejado e ilegal superfaturamento.

O Termo de Referência, segundo a doutrina pátria, contém os códigos genéticos da licitação e do futuro contrato a ser firmado com o licitante vencedor, logo, este (TR) ou o projeto básico previsto na Lei devem ser completos para que seja evitado vícios na licitação ou qualquer gasto público desnecessário ou superfaturado.

Registro, por oportuno, conforme ementa abaixo, a uníssona jurisprudência deste Tribunal:

BALANÇO PATRIMONIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE DIVISÃO DO OBJETO LICITADO. **AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA DE QUANTITATIVOS E CUSTOS UNITÁRIOS.** AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DE PREÇO MÁXIMO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÃO. 1. É descabida a exigência de comprovação de capacitação técnico-profissional mediante apresentação de Certidão de Acervo Técnico e CAT expedida pelo CREA/MG em nome do Responsável Técnico quando o objeto licitado não se caracteriza como serviço de engenharia. 2. O atestado de visita técnica está inserido no rol de documentos de habilitação descrito nos artigos 27 e 30 da Lei de Licitações. Logo, se a Administração entende útil ou necessária a comprovação da visita técnica, deve fornecer o atestado diretamente ao licitante, que deverá apresentá-lo juntamente com os demais documentos exigidos para a habilitação. 3. As microempresas e empresas de pequeno porte que pretendam participar de licitações promovidas pelos órgãos públicos, em que se tenha exigido, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial, nos moldes previstos pelo art. 31, I, da Lei n. 8.666/93, deverão elaborá-lo e apresentá-lo, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação. 4. O § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93 prevê o parcelamento como regra geral e, por decorrência, a formação de lote único como exceção nos certames. Todavia, o fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. 5. **É irregular a falta de divulgação dos valores unitários do objeto a ser executado, por configurar descumprimento do art. 7º, § 2º, II, e do art. 40, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93.** 6. Não há obrigatoriedade de fixação do preço máximo no edital, porém sua inclusão no edital deve ser objeto de recomendação por se tratar de uma boa prática. (TCE-MG - DEN: 911600, Relator: CONS. MAURI TORRES, Data de Julgamento: 22/05/2018, Data de Publicação: **15/06/2018**)

Nesse particular aspecto, observa-se, ainda, a Consulta nº 657.018, da relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, desta Corte, *in verbis*:

[...] O Projeto Básico constitui elemento importante na caracterização do objeto a ser licitado, de forma a indicar seu custo, o prazo de execução, sua viabilidade técnica e econômica, visando a possibilitar a todos o mais amplo conhecimento sobre o objeto

licitado, desde a solução técnica pretendida até os tipos de materiais e serviços que serão, no futuro, exigidos pelo órgão público, bem como a garantir a regular execução da obra ou serviço licitado, evitando-se correções e aditamentos custosos. O não cumprimento deste requisito ou seu cumprimento de forma parcial é, sem qualquer dúvida, fator responsável pelas inúmeras irregularidades nas contratações do Poder Público. Projetos Básicos incompletos, vagos, deficientes e sem controle de qualidade induzem a erros e gastos desnecessários para a Administração, o que deve ser evitado em observância aos princípios da economicidade e eficiência. Assim, para a Administração, é importante que o projeto básico atenda a certos requisitos, uma vez que, quando da realização de obras e serviços, os riscos para a Administração são maiores que os existentes nas compras, pois os contratos, em geral, geram obrigações de fazer, que se prolongam no tempo. Existem maiores riscos, até mesmo de haver a multiplicação dos custos, superando as previsões iniciais.

Nesse sentido, justifica-se que a Lei Nacional de Licitações tenha estabelecido, em seu art. 12, requisitos próprios, cercados de maiores cautelas, para a contratação de obras e serviços, buscando evitar o desperdício, contratações desnecessárias, precipitadas ou inexecutáveis.

Marçal Justen Filho, ao comentar acerca do cumprimento dos requisitos estabelecidos no art. 7º, observa que: ‘As exigências não se constituem em requisito de mera forma. O Termo de Referência ou o Projeto Básico completos e consistentes estabelecem íntima conexão entre o contrato desejado pela Administração e o planejamento, que os antecederam, e redundam no sucesso da licitação e da contratação. Verifica -se, então, que as informações declinadas no Projeto Básico ou no Termo de Referência constituem elementos imprescindíveis para caracterizar o objeto.

Igualmente, esses elementos propiciarão aos licitantes interessados no objeto licitado a formação de um preço, condição essencial para a formulação de uma proposta à Administração. Atualmente, deve-se atentar para o novo agir da Administração, que encara o particular mais como um parceiro do poder público na execução de obras, serviços e no fornecimento de materiais do que mero coadjuvante numa relação jurídica de sujeição, marcada pela verticalidade e superioridade de outrora. Todavia, informações imprecisas ou obscuras, ou até mesmos a falta delas, podem macular insanavelmente essa profícua relação de parceria. Enfim, o Termo de Referência ou o Projeto Básico não são apenas obrigatórios e necessários.

Neles havendo falhas ou incompletudes, a licitação redundará em vício, passível de colocar sob séria e grave ameaça o sucesso da contratação, os objetivos perseguidos pela Administração e, a toda evidência, a tutela sobre o gasto público. Trata-se de redução do âmbito de liberdade de escolha da Administração. O estrito cumprimento das exigências do art. 7º elimina decisões arbitrárias ou nocivas. São eliminadas as contratações: a) não antecedidas de planejamento; b) cujo objeto seja incerto, c) para as quais inexista previsão de recursos orçamentários; d) incompatíveis com as programações de médio e longo prazo. A Lei foi mais minuciosa e exigente que o Decreto-Lei nº 2.300/86, o que evidencia a relevância do tema.’

Na mesma vertente, a lição abalizada do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes em seu artigo intitulado ‘A nova dimensão do projeto básico nas licitações,’ nestes termos:

‘Entre as boas inovações trazidas pela Lei nº 8.666/93, que disciplinou no âmbito da Administração Pública o tema da licitação e contratos, está a obrigatoriedade do projeto básico, para a contratação de qualquer obra ou serviço. Conquanto ainda continuem alguns a sustentar que essa exigência só cabe para as contratações na área de engenharia, a interpretação literal indica, de forma clara, que esse requisito foi pontualmente estabelecido pelo legislador pátrio de modo amplo. Efetivamente o art. 7º, notadamente no § 2º, inciso I, da Lei em epígrafe, coloca a necessidade da prévia elaboração do projeto

básico, estabelecendo que somente poderão ser licitados os serviços e as obras, depois de atendida essa exigência.<sup>7</sup>

Destarte, tendo em vista a importância do Projeto Básico na caracterização do objeto da licitação, o que evitará, decerto, decisões arbitrárias ou nocivas, e considerando que a lei não fez qualquer distinção, é de se concluir que a exigência do Projeto Básico não existe só para serviços de engenharia, como sustentam alguns, mas para toda e qualquer obra ou serviço. Esta é, a meu ver, a interpretação adequada do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

[...] Destaca-se, por oportuno, que, obviamente, o conteúdo a ser exigido para esse anexo do edital sofrerá modificações de acordo com o que se queira contratar, sendo tão mais completo quanto mais complexa for a obra ou serviço em licitação.

Ante o exposto, conclui-se que o Projeto Básico é exigência legal para contratação de obras e serviços, sem qualquer distinção. A inobservância desse requisito, essencial à fase interna e que reflete na fase externa da licitação, pode ensejar a nulidade de todo o certame, haja vista que a ausência desse detalhamento prévio é considerada vício insanável. A propósito, nesse sentido vem se constituindo a jurisprudência do eg. Tribunal de Contas da União sobre o tema, como demonstrado.

Assim, considerando o descumprimento de previsão legal, julgo procedente o referido apontamento.

Deixo, contudo, de aplicar penalidade aos envolvidos, em razão da matéria possuir posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais distintos, o que não impede, contudo, de determinar a expedição de recomendação para que, nas futuras licitações, seja previsto o orçamento detalhado em planilhas.

#### **II.2.14. Exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem exigência de qualificação técnico-profissional**

Ainda em se de aditamento da denúncia, O Órgão Ministerial incluiu como irregularidade, o fato de no edital não se impor a comprovação de qualificação técnico-profissional, mas, tão somente, a qualificação técnica-operacional, quando na verdade deveriam ser exigidas cumulativamente.

Alegaram os responsáveis, que após o veto presidencial, a Lei de Licitação deixou de referir-se tanto a capacitação técnica-operacional quanto aos limites dos quantitativos para as licitações pertinentes a obras e serviços.

Sustentaram, outrossim, que a ausência de menção expressa no art. 30 da Lei Federal n. 8.666/1993 quanto à capacidade técnica-operacional não significa a sua vedação e que na busca pela proteção do interesse público envolvido, é lícito exigir dos licitantes a capacitação técnico-operacional com o objetivo de demonstrar, por meio de atestados, que o licitante possui condições técnicas para executar o objeto a ser contratado.

Por fim, sustentaram que a própria Lei de Licitações não possui um entendimento exato quanto a definição do que seja capacidade técnico-operacional e capacidade técnica-profissional, na medida em que o art. 30, § 1º, inciso I, refere-se à capacidade técnica profissional, ao passo que o § 10, do mesmo artigo, define como capacidade técnica-operacional.

A Unidade Técnica em seu relatório observou que de fato houve falha do legislador na utilização do termo técnico-operacional na Lei. O que na verdade se pretendia era definir a capacidade técnico-profissional. Ressaltou, ainda, que em nenhum momento o dispositivo tratou da capacidade da pessoa jurídica, mas tão somente em relação a possibilidade de a empresa possuir em seu quadro técnico profissional de experiência compatível com o objeto da licitação.

Asseverou, também, não haver dúvidas quanto à possibilidade de se exigir a qualificação técnico-operacional com base no inciso II, art. 30, da Lei Federal n. 8.666/1993.

Ressaltou, porém, que a comprovação da capacidade técnica-operacional sem a comprovação da capacidade técnico-profissional não é apta a demonstrar que a sociedade empresarial seja competente para executar as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto licitado.

Concluiu, assim, que a exigência deveria ter sido feita de forma cumulativa, motivo pelo qual entendeu pela procedência da irregularidade.

O Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o exame apresentado pela Unidade Técnica quanto ao referido apontamento e opinando ainda pela aplicação de multa aos responsáveis.

De fato, em algumas licitações, principalmente as que se referem obras e serviços, em que há a necessidade de conferir uma maior segurança para a Administração Pública quanto à execução do objeto, se faz necessário a comprovação da qualificação técnica abrangendo tanto o aspecto operacional, que se refere a comprovação pela empresa de participação em contratos anteriores com objeto semelhante ao previsto no edital, quanto ao aspecto técnico-profissional, que se destina a comprovar a existência, nos quadros permanentes da empresa, de profissionais que possuam qualificação para a execução de obra ou serviço similar à almejada pelo gestor público.

Isto posto, em razão da natureza do objeto da presente licitação, julgo procedente o referido apontamento.

#### **II.2.15. Exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância**

O Ministério Público junto ao Tribunal apontou que a exigência prevista no item 9.7.1 do edital, para fins de qualificação técnica, está em desacordo com o § 4º do art. 30 da Lei Federal n. 8.666/1993 e com o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a definição “serviços similares compatíveis com o objeto licitado” carece de precisão necessária para a efetivação do princípio do julgamento objetivo previsto no art. 3º, caput, e no art. 45, caput, da Lei Federal n. 8.666/1993, o qual impõem que todos os critérios de julgamento das propostas sejam claros, impessoais e objetivamente aferíveis, e que não foi esse o caso.

Aduziu, ainda, que a exigência de comprovação de experiência na realização dos serviços compatíveis com o objeto da licitação é respaldada pelo § 1º do art. 30 da Lei Federal n. 8.666/1993, sendo que tal comprovação pode ser exigida apenas relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo, nos termos do § 2º do art. 30 da Lei n. 8.666/1993, e que, portanto, caberia à Administração Pública definir as mencionadas parcelas, de modo não arbitrário, identificando de maneira transparente, os serviços mais complexos e diferenciados do objeto licitado.

Os defendentes afirmaram que a Lei Federal n. 8.666/1993 é taxativa ao limitar a documentação obrigatória quanto a qualificação técnica.

Argumentaram que não há que se falar em obrigatoriedade de estimar parcela com maior relevância, vez que a execução do objeto é de máxima importância, inexistindo item que apresente destaque em relação ao outro.

A Unidade Técnica entendeu pela irregularidade do apontamento, em virtude da violação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 e da Súmula n. 263 do TCU.

Conforme ressalta o defendente, a Lei n. 8.666/1993 é taxativa ao dispor quanto a exigência de qualificação técnica, o art. 30 assim dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (g.n.)

Observa-se que, a Lei expressamente dispõe que a exigência de qualificação técnica-profissional deve ser limitada exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

Ainda, vale ressaltar Súmula n. 263 do Tribunal de Contas da União, in verbis:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado (g.n.)

Nota-se, que mesmo se tratando que qualificação técnica-operacional, a exigência deve ser limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado.

Sendo assim, não cabe alegar que a execução do objeto é de máxima importância, inexistindo item que apresente destaque em relação a outro, pois, sendo esta a situação, deveria a Administração abster-se de exigir qualificação técnica.

Dessa forma, tendo em vista que todos os serviços licitados foram definidos como parcelas relevantes, entende-se que deve ser mantida a irregularidade, vez que viola o art. 30, §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 e Súmula n. 263 do TCU.

De fato, o objetivo da lei, ao limitar a exigência de atestados de qualificação técnica às parcelas de maior relevância e valor significativo, é o de evitar a restrição à competitividade, e inclusive um possível direcionamento para um licitante específico, com a especificação de parcelas irrelevantes para a execução do objeto. As parcelas de maior relevância se referem a capacidade do licitante em executar o serviço e que possua um valor significativo em relação ao objeto, devendo, assim, serem determinadas quando identificadas.

Assim, sempre que identificadas no objeto, parcelas de relevância tecnicamente justificadas ou que tenham um valor significativo, ou ainda, que o objeto possua parcelas igualmente relevantes, impõe-se que seja apresentado atestados que descrevam os serviços compatíveis com o objeto licitado nos termos do art. 30, § 1º, inciso I da Lei Federal n. 8.666/1993.

Nesse passo, considerando a inobservância da obrigação pela Administração Pública, entendo pela procedência do apontamento.

## **II.2.16. Vedação à participação de consórcios**

O Ministério Público junto ao Tribunal apontou como irregular o item 5.3.3 do edital, que veda a participação de consórcio de sociedades empresárias no processo licitatório.

Afirma que, embora a Administração Pública tenha o poder discricionário de admitir ou não o consórcio de sociedades empresárias na licitação, é imprescindível que tal regra editalícia, uma vez prevista, deva vir fundamentada. E que ao analisar os documentos acostados nos autos, não encontrou nenhum documento com tal justificativa.

Os defendentes declararam que o processo licitatório em comento, por não envolver objeto de grandes proporções e complexidades, não justificaria a permissão de participação de empresas reunidas em consórcio, entendimento este inclusive adotado pelo TCU.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios entendeu pela improcedência do apontamento, conforme excerto transcrito a seguir:

O item 3 do edital da licitação Pregão n. 00088/2017, estabelece o objeto da licitação, nos seguintes termos:

3.1 A presente licitação tem como objeto contratação de empresa especializada em promoção de eventos artísticos, visando à realização da 50ª EXPO TRÊS/2017. Ressalta-se que o cumprimento desse objeto deve seguir também os termos e condições contidas neste edital e seus anexos.

No que tange a participação de consórcios, o art. 33 da Lei n. 8.666/1993, assim dispõe: Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo. § 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Observa-se que a expressão utilizada na primeira parte do caput, “quando”, deixa a discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas em consórcio, entretanto, cale lembrar, que nas hipóteses em que não for permitida, cabe a administração justificar tal escolha.

Nesse sentido, entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União em Acórdão n. 1179/2014, *ipsis litteris*:

9.5. O art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação. Entretanto, as deliberações deste Tribunal vêm apontando para a necessidade de que essa escolha da Administração seja devidamente justificada.

9.6. Conforme Acórdãos 1.094/2004-TCU e 1.165/2012-TCU, ambos do Plenário, a formação de consórcio, em regra, é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, ficando o administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa.

No caso em questão, observa-se que, conforme alega o defendente, foi apresentada, pela pregoeira, à fl. 322, justificativa para a vedação da participação de consórcios, da qual se extrai os seguintes argumentos:

Justifica-se a vedação da participação nesta licitação de empresas que estejam reunidas em consórcio e sejam controladas, coligadas ou subsidiárias a si, ou ainda, qualquer que seja a sua forma de constituição, uma vez que o PREGÃO em questão não envolve objeto de grandes dimensões e complexidade que justificassem uma permissão à formação de consórcio.

(...)

Além das razões acima explicitadas, é, também, de nosso entendimento que a formação de consórcio é um meio de cerceamento de participação do certame. O município de Três Corações, hoje, conta com um pequeno número de estabelecimentos comerciais, sendo em sua maioria microempresas. Nos municípios vizinhos, cujos fornecedores também participam de nossas licitações, a situação não é diferente. Sendo assim, a vedação à formação de consórcios visa uma maior disputa entre essas pequenas empresas que, diante de uma associação de empresas, se sentiriam intimidadas em concorrer com licitantes com maior potencial de venda. Por consequência o município teria uma menor participação nas suas licitações e aquisições com preços menos vantajosos.

Sendo assim, tendo em vista que foi apresentada justificativa para a vedação de participação de empresas reunidas em consórcio e que, a justificativa apresentada se mostra razoável e em conformidade com entendimento do TCU, entende-se que foi sanada a irregularidade.

Nesse passo, denota-se que o presente caso não merece maiores fundamentações, já que, conforme bem apontado pela Unidade Técnica, houve, por parte da Administração Pública, a justificativa para a vedação da participação de consórcios, razão pela qual, concluo pela improcedência do referido apontamento.

#### **II.2.16. Da ocorrência de dano ao erário**

O Ministério Público junto ao Tribunal apontou que o instrumento convocatório permitia que a empresa contratada fosse remunerada não só pelo valor a ser pago pela contratante, como também pelos lucros auferidos pela comercialização de entradas, entradas para camarotes, e pela comercialização de alimentos, e que tais valores deveriam servir, na verdade, como contrapartida para reduzir o valor estimado da contratação. Assim, entendeu que os valores recebidos pela venda de ingressos e pela comercialização de alimentos, os quais não reverteriam para o Município, não deixam dúvidas quanto ao prejuízo causado ao interesse público por tal contratação.

Os defendentes alegaram que o processo licitatório em comento detém Termo de Referência, cujo objeto engloba vários itens. Aduziram, ainda, que o edital prevê que a contratada possua permissão para explorar a comercialização de entradas, camarotes e praça de alimentação.

Sustentaram, também, que o valor desembolsado pela Administração, assim como o valor relativo à arrecadação pela comercialização, se revertidos fossem ao erário municipal, não apresentariam economia, quando comparados com os custos referentes aos shows e a infraestrutura, caso a Administração arcasse com a execução do evento e colhesse os valores percebidos pela comercialização de entradas e praça de alimentação.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios em seu relatório concluiu pela improcedência do aditamento com base no excerto transcrito a seguir:

A presente licitação tinha por objeto a contratação de empresa especializada em promoção de eventos artísticos, visando a realização da 50ª Expo Três/2017.

Inicialmente, cabe ressaltar que o objeto da contratação não se insere na atividade fim da Administração Pública, eis que não é atribuição precípua do município a realização de eventos, contudo inegável que eventos desta natureza são comuns nos municípios e tem como interessada, a coletividade.

Daí a terceirização é o caminho possível para a execução de serviços dessa natureza, no qual a Administração Pública opta por contratar terceiro para a realização da atividade, ao invés de contar com o pessoal necessário em seus quadros, comumente surgem os contratos destinados à limpeza pública dos prédios, vigilância patrimonial, zeladoria. Observa-se nestes exemplos que a administração pública poderia manter em seus quadros pessoal necessário para realizar essas atividades, bem como realizar licitação para a aquisição de materiais para a execução desses serviços, mas em juízo de conveniência e oportunidade, opta por contratar terceiros, no intuito de melhor desempenhar as atividades-fim e melhor gerir os recursos públicos financeiro e humanos.

A terceirização necessária de atividades-meio é aquela que contempla atividade que não pode ser desempenhada pela Administração Pública, por lhe faltar os instrumentos necessários para tanto, muitas vezes o objeto é de alta complexidade, cuja realização demanda investimentos e custos que não se justificam, em razão do benefício que isso poderia ou não agregar ao Município.

Mesma nessa espécie de terceirização há uma finalidade pública, mas como não é conveniente a incorporação da atividade à Administração pública transfere ao terceiro a sua execução.

No caso em cerne, a Administração Pública, com base nos eventos anteriormente realizados pelo município, conforme expõe no anexo I do Termo de Referência, às fls. 75 e 76, concluiu que a forma mais vantajosa para a Administração na realização de eventos é por meio da Terceirização, valendo-se da licitação critério de menor preço global para a escolha da empresa.

Dessa forma, a Administração estabeleceu como razoável o valor de R\$240.000,00 para a contratação de empresa para a realização do evento, valor pelo qual foi contratada a empresa Nelson Uliane Junior – ME, às fls. 518 a 528.

Em contrapartida, a contratada teria que arcar com todas despesas e obrigações referentes a produção e organização do evento, shows, camarote, palco, sonorização de grande porte, conforme rider dos artistas, iluminação de grande porte, conforme rider dos artistas, banheiros químicos, inclusive para atender portadores de necessidades especiais, gradis de contenção, placas de fechamento, geradores, tendas, portal, transmissão simultânea, seguranças desarmados/apoio PM, apoio/parceria PM, brigadistas, show pirotécnico, divulgação na mídia, portal de entrada, parque de diversões, boate e segurança.

Assim, por óbvio, e como previamente estabelecido no Termo de Referência, a empresa contratada auferiria o lucro pela comercialização de entradas, das entradas para camarotes

e comercialização de alimentos, pois, caso contrário, não seria interessante para nenhuma empresa a realização do evento.

Sendo assim, conclui-se que não há indícios de ocorrência de dano ao erário por ter sido indicado no instrumento convocatório as fontes de recursos a serem auferidos pela contratada, vez que se trata de terceirização, sendo estas necessárias a própria realização do evento, não implicando dano ao erário.

Ressalto, dentro dessa lógica, que a referida disposição editalícia encontra amparo legal e está na alçada da discricionariedade do gestor público, além de se encontrar dentre as atividades perfeitamente terceirizadas. Destaco, ainda, que a referida cláusula editalícia transfere, sim, o bônus ao Contratado, o que é consequência lógica da contratação, mas, também, transfere o risco do insucesso ao Contratado.

Nesse passo, considerando os fatos ora expostos, bem como, aqueles delineados pela Unidade Técnica, que também adoto como fundamento, julgo improcedente o apontamento apresentado.

### III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo **improcedente** os seguintes apontamentos: a) do critério de julgamento das propostas de preço adotado pela denunciada; b) do número insuficiente de artistas pela Administração para apresentação dos shows; c) do prazo estipulado para visita técnica; d) da obrigatoriedade da visita técnica ao local da execução dos serviços; e) da insuficiência de gradis de contenção e de banheiros químicos solicitado no termo de referência; f) da utilização de diligências para certificação da disponibilidade dos artistas na data da apresentação; g) da ausência de estabelecimento de preço máximo; h) da vedação à participação de consórcios; i) da ocorrência de dano ao erário.

Em relação ao apontamento relativo à “Exigência de registro de evento no Instituto Mineiro de Agropecuária”, reconheço a perda do objeto, tendo em vista que a Administração Municipal de Três Corações procedeu a retificação do Edital do Pregão Presencial n. 88/2017, Processo Licitatório n. 463/2017.

Julgo **parcialmente procedente** a preliminar de ilegitimidade, acolhendo-a para excluir, apenas, o Prefeito do presente feito, considerando que o mesmo não participou de qualquer ato apontado como ilegal, assim como não homologou ou validou os referidos atos administrativos, não sendo razoável, tampouco jurídico, lhe imputar responsabilidade pelos atos tidos como ilegais, sobretudo por não estar diante das excepcionalidades à regra de responsabilização.

Deixou de acolher, de outra banda, a ilegitimidade do Secretário de Governo da Prefeitura Municipal de Três Corações, Sr. Ulisses Ferreira Pinto, em razão de ter participação direta nas ilegalidades apontadas, todas vinculadas ao instrumento convocatório por ele firmado.

Julgo **procedentes** os apontamentos: a) da adoção indevida do Sistema de Registro de Preços; b) exigência de Carta de Exclusividade dos Artistas para a licitação em tela bem como a multa no importe exorbitante de 50% sobre o valor global da proposta no caso de não apresentação da Carta de Exclusividade; c) exigência de qualificação técnica operacional sem exigência de qualificação técnica profissional; d) exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância pelas razões já expostas na fundamentação e aplico ao Sr. Ulisses Ferreira Pinto, Secretário de Governo da Prefeitura Municipal de Três Corações, a multa total de R\$ 4.000,00, sendo R\$ 1.000,00 por cada apontamento.

Julgo **procedentes** os apontamentos a) da previsão de subcontratação sem estabelecer parâmetros; b) da vedação ao recebimento de impugnações e recursos através de fac-símile e

ou e-mail; c) insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. Contudo deixo de aplicar multa em razão das fundamentações expostas por não terem afetado, diretamente, a concorrência.

Determino ainda, a expedição de recomendação ao atual gestor que observe, na formalização dos próximos pregões, as normas estabelecidas na Lei n. 10.520 de 2002, e na Lei Federal n. 8.666/1993.

Intimem-se desta decisão o denunciante, os responsáveis e o atual Prefeito do Município, por *e-mail* e por publicação no Diário Oficial de Contas;

Transitada em julgado a decisão, os autos devem ser arquivados com fundamento no disposto no parágrafo único do art. 67 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 e nos arts. 176, inciso I, e 305, parágrafo único, da Resolução n. 12/2008.

\* \* \* \* \*

kl/ms