

Processo: 1114423
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Ernesto Muniz de Souza Júnior – OAB/SC 24.757
Denunciada: Prefeitura Municipal de Itapeva
Responsáveis: Daniel Pereira do Couto e Marcelo Guido Pereira
Apenso: 1114419, Denúncia
Procurador: Douglas Luís de Godói Júnior, OAB/MG 140.406
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 3/2/2022

DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. PRESENTES OS REQUISITOS DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

1. Ao prever, no ato convocatório, que a prova de conceito será feita por amostragem e que poderá recair sobre qualquer exigência técnica prevista no termo de referência, o Município demanda que a licitante provisoriamente classificada em primeiro lugar esteja, no dia da prova, com *software* totalmente adequado às exigências do município, pois não saberá sobre qual item haverá de demonstrar a conformidade do sistema.
2. A previsão de que a escolha dos requisitos a serem demonstrados será feita por critério exclusivo dos servidores designados livremente pela Administração abre margem para o direcionamento do certame, uma vez que não existem critérios objetivos para a escolha dos requisitos técnicos que deverão ser objeto da prova de conceito, nem mesmo prévia indicação de quais agentes públicos farão a escolha.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade das Notas Taquigráficas, em referendar a decisão monocrática que:

- I) deferiu a medida cautelar requerida, nos termos do art. 96, III, da Lei Orgânica e do art. 197, § 2º, do Regimento Interno, e no exercício do poder geral de cautela;
- II) determinou o encaminhamento dos autos à Secretaria da Segunda Câmara a fim de que promovesse, com a urgência que o caso requer, por meio eletrônico, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 166 do Regimento Interno, a intimação do Senhor Daniel Pereira do Couto, prefeito municipal, e do Senhor Marcelo Guido Pereira, pregoeiro, para que suspendessem o Pregão Presencial n. 112/2021, deflagrado pelo Município de Itapeva, na fase em que se encontrava, até ulterior deliberação deste Tribunal;
- III) fixou o prazo de 05 (cinco) dias para que o Senhor Daniel Pereira do Couto, prefeito municipal, e o Senhor Marcelo Guido Pereira, pregoeiro, comprovassem, em forma documental, o cumprimento da medida cautelar e, em igual prazo, encaminhassem a este Tribunal toda a documentação relativa ao Pregão Presencial n. 112/2021, bem

como prestassem os esclarecimentos que entendessem pertinentes acerca dos apontamentos constantes nos autos;

- IV) determinou que, caso a Administração municipal resolva promover outro procedimento licitatório para a contratação dos mesmos serviços do edital suspenso, ou que possua objeto similar, os intimados deverão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas contados da publicação do edital, encaminhar ao Tribunal, em meio eletrônico, cópia integral de todo o procedimento licitatório;
- V) determinou que os intimados deveriam ser cientificados de que o não cumprimento de quaisquer das diligências ora determinadas, nos prazos fixados, ensejaria a aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal;
- VI) determinou, também, que a Secretaria da Segunda Câmara promovesse o apensamento da Denúncia n. 1114419 aos presentes autos, a qual também foi proposta em face do Pregão Presencial n. 112/2021, do Município de Itapeva;
- VII) determinou que, ultimadas as diligências referentes às intimações e ao referendo, a presente denúncia e o Processo n. 1114419, em apenso, fossem remetidos à consideração do conselheiro-presidente.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 3 de fevereiro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 3/2/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

REFERENDUM

Trata-se de decisão monocrática que proferi no processo em epígrafe, nos seguintes termos:

Trata-se de denúncia apresentada pelo Senhor Ernesto Muniz de Souza Júnior, OAB/SC nº 24.757, em face do Pregão Presencial nº 112/2021, promovido pelo Município de Itapeva a fim de contratar empresa para prestação de serviços de licença e locação de *software* de gestão pública, bem como implantação, instalação, configuração, migração dos dados existentes nos atuais sistemas, treinamento dos servidores, suporte técnico e manutenção mensal que garantam as alterações legais, corretivas e/ou evolutivas, bem como as atualizações de versão do sistema locado.

O pregão presencial objeto da presente denúncia foi precedido de outros três procedimentos licitatórios deflagrados para contratação dos mesmos serviços. O primeiro consistiu no Pregão Presencial nº 06/21, que foi objeto de controle por esta Corte no âmbito da Denúncia nº 1.098.509, de relatoria do conselheiro Wanderley Ávila, a qual foi julgada extinta sem julgamento de mérito, em razão de o certame ter sido revogado pela Administração, após o relator ter concedido medida cautelar de suspensão da licitação.

O segundo foi o Pregão Presencial nº 75/21, promovido em substituição ao anterior, o qual foi objeto da Denúncia nº 1.107.710, distribuída aleatoriamente à minha relatoria. Em razão da extinção da Denúncia nº 1.098.509, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, sem resolução de mérito, solicitei à Presidência a redistribuição da Denúncia nº 1.107.710, por dependência, àquele relator.

Após manifestação contrária à redistribuição do processo ao conselheiro Wanderley Ávila, o conselheiro-presidente submeteu conflito de negativo de competência à apreciação do Tribunal Pleno, em 15/12/21, votando pela manutenção da distribuição sob minha relatoria. Na oportunidade, pedi vista dos autos para melhor análise da matéria.

Após revogar o segundo procedimento, objeto da Denúncia nº 1.107.710, o Município de Itapeva deflagrou um terceiro certame licitatório, o Pregão Presencial nº 76/21, com objeto similar ao dos anteriores. Esse certame também foi alvo das Denúncias nºs 1.114.359 e 1.114.369, ambas distribuídas à minha relatoria por dependência, em razão de o conselheiro-presidente entender haver conexão com a Denúncia nº 1.107.710.

Na Denúncia nº 1.114.359, declinei mais uma vez da competência, pelas mesmas razões suscitadas na Denúncia nº 1.107.710.

Já na Denúncia nº 1.114.369, distribuída à minha relatoria durante o período de recesso, foi concedida, pelo conselheiro-presidente, medida cautelar de suspensão do Pregão Presencial nº 76/21, o qual foi, em seguida, revogado pela Administração.

O Município de Itapeva, por fim, promoveu o Pregão Presencial nº 112/2021, objeto deste processo, bem como da Denúncia nº 1.114.419, ambos distribuídos pelo conselheiro-presidente por dependência, em razão da conexão com a Denúncia nº 1.114.369, a minha relatoria¹.

¹ Vale aqui ressaltar que tal distribuição contraria o próprio entendimento anteriormente adotado pelo próprio

O denunciante, no presente feito, alega haver direcionamento do certame em favor da sociedade empresária MIT – Minas Instituto da Tecnologia, uma vez que o município, buscando burlar a ordem de suspensão emanada deste Tribunal, revogou o certame anterior e, em seguida, publicou novo procedimento licitatório consistente em cópia do Pregão nº 78/21 deflagrado pela Prefeitura de Estiva.

Afirma que no edital publicado pelo Município de Itapeva consta o endereço e o CNPJ da Prefeitura de Estiva. Aponta, ainda, que o edital do Município de Estiva foi publicado em data posterior à formulação do edital pelo Município de Itapeva, o que indicaria que o instrumento foi formulado por alguém que não pertence à Administração Municipal.

Assevera, também, que a exigência de demonstração, pela empresa vencedora do certame, de que o *software* seja 100% compatível com os requisitos técnicos contidos no edital, restringe a competitividade do certame e favorece a empresa que se sagrou vencedora em certame anterior.

Ao final, pugna pela concessão de medida cautelar de suspensão do certame.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, assim como me manifestei nas Denúncias nºs 1.107.710 e na Denúncia nº 1.114.359, não reconheço minha competência para atuar no presente feito, uma vez que em meu entendimento a relatoria de todas as denúncias posteriores, referentes ao mesmo objeto dos materialmente idênticos procedimentos licitatórios, competiria ao conselheiro Wanderley Ávila, em razão de ter sido ele o relator da Denúncia nº 1.098.509, primeiro processo de controle sobre a matéria em discussão nesses diversos processos.

Entretanto, em razão da urgência que o caso requer, considerando que a data da sessão do pregão presencial objeto da presente denúncia está previsto para ocorrer em 28/01/22, conforme informação contida no *site* da Prefeitura de Itapeva², e que a discussão sobre o conflito negativo de competência ainda está pendente de julgamento pelo Tribunal Pleno, passo à análise do pedido cautelar contido na presente denúncia.

Ressalte-se, nesse sentido, que o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que “é permitido ao juízo incompetente, no exercício do poder geral de cautela, deferir tutela inibitória, quando necessária à preservação dos direitos da parte ou de terceiros de boa-fé”³.

Conforme se extrai do histórico do feito e dos processos que o antecederam, constata-se que a Administração municipal, após autuação de denúncias neste Tribunal contra os certames por ela deflagrados para a contratação de *software* de gestão pública, tem revogado os procedimentos licitatórios objeto dos respectivos processos de controle, dando causa à extinção sem julgamento do mérito desses mesmos processos, e, em seguida, tem publicado novo edital, mantendo em substância as inconsistências e falhas apontadas nos editais anteriores.

Tal prática reiterada levou à publicação de quatro editais de licitação para contratação do mesmo objeto no ano de 2021, contra os quais foram apresentadas seis denúncias neste Tribunal. Por meio dessa prática, os gestores municipais parecem tentar escapar do controle exercido por esta Corte de Contas, fato que merece atenção especial desta Casa.

Quanto ao último edital publicado, o denunciante insurge-se quanto aos critérios definidos para a prova de conceito do *software*, que estabelecem que poderá ser exigida a demonstração da conformidade de qualquer especificação contida no termo de referência, as quais serão escolhidas arbitrariamente por amostragem pela equipe de avaliação, que, por

conselheiro-presidente no conflito de competência em que pedi vista.

² Disponível em: <https://www.itapeva.mg.gov.br/wp-content/uploads/2022/12/EDITAL-SISTEMA-DE-GEST%C3%83O-ITAPEVA-MG-.pdf>

³ AC nº 3882 MC-Agr-terceiro, relator Min. Dias Tóffoli, julgado em 14/10/15.

seu turno, terá seus membros indicados livremente pela Administração (item XIV do edital, peça nº 02 do SGAP), confira-se:

XIV-DO TESTE DE CONFORMIDADE E DA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO

O vencedor da disputa será convocado, para avaliação acerca da exatidão, cumprimento e conformidade com as especificações e características mínimas e demais exigências deste edital. Essa avaliação acontecerá durante a realização de Teste de conformidade dos sistemas, quando a veracidade das informações prestadas pelo licitante no que se refere às funcionalidades de cada um dos sistemas deve ser comprovada. A convocação será realizada na lavratura da ata dos lances do pregão, obedecendo um prazo mínimo de 4 dias úteis para o início da demonstração.

Os requisitos técnicos dos sistemas demonstrados pelo licitante no Teste de Conformidade serão avaliados pelos funcionários/servidores designados pela Entidade, exclusivamente para esta finalidade, sendo os membros escolhidos livremente pela ADMINISTRAÇÃO.

[...] A escolha dos requisitos a serem demonstrados constantes no envelope citado acima será feita por critério exclusivo dos funcionários/servidores designados pela Administração.

No entendimento do denunciante, esse procedimento destina-se a favorecer a empresa MIT – Minas Instituto da Tecnologia, que havia se sagrado vencedora no Pregão Presencial nº 76/21, suspenso por decisão do conselheiro-presidente e **revogado pela Administração**.

A possibilidade de direcionamento do certame em razão do modo estabelecido para a prova de conceito já havia sido apontada no âmbito da Denúncia 1.107.710, apresentada em face do Pregão Presencial nº 75/21, ocasião em que a denunciante afirmou que (peça nº 01):

Primeiro, observa-se que a exigência da demonstração de 85% (oitenta e cinco por cento) das funcionalidades em um edital que possui mais de 100 folhas de especificações que os sistemas devem conter extrapola a razoabilidade, sendo admissível, em um cenário de funcionalidades normais exigidas (e não de 100 folhas delas) a demonstração de 70% delas.

Segundo, pelo fato de que não são estabelecidos critérios objetivos sobre a forma como será feita a verificação do atendimento dos requisitos e nem sobre a equipe que a realizará. A equipe responsável já deveria ter sido formada e constituída legalmente por meio de Portaria, garantindo a observância dos princípios da transparência e da legalidade, o que não ocorreu.

Mais grave ainda, não são estabelecidos critérios objetivos para análise da equipe e nem mesmo indicados quais são os itens obrigatórios.

Para a demonstração por amostragem, como pretende a Administração, deveria o Edital especificar todas as funcionalidades obrigatórias, possibilitando que a comissão de avaliação indique, na frente de cada uma delas, se a funcionalidade foi atendida ou não.

Percebe-se, portanto, que os critérios estabelecidos no edital mais recente são ainda mais restritivos do que no anterior, uma vez que – ao prever que a prova de conceito será feita por amostragem e que poderá recair sobre qualquer exigência técnica prevista no termo de referência – demanda que a licitante provisoriamente classificada em primeiro lugar esteja, no dia da prova, com *software* totalmente adequado às exigências do município, pois não saberá sobre qual item haverá de demonstrar a conformidade do sistema.

Ademais, a previsão de que a escolha dos requisitos a serem demonstrados será feita por critério exclusivo dos servidores designados livremente pela Administração, de fato, abre margem para o direcionamento do certame, uma vez que não existem critérios objetivos para a escolha dos requisitos técnicos que deverão ser objeto da prova de conceito, nem mesmo prévia indicação de quais agentes públicos farão a escolha.

Tais indícios agravam-se quando considerado que, conforme apontado pelo denunciante, o Pregão Presencial nº 112/21, ora impugnado, **consiste em cópia do Pregão Presencial nº 78/21 deflagrado pelo Município de Estiva, sendo que, no certame copiado a empresa vencedora foi a MIT – Minas Instituto da Tecnologia⁴, mesma empresa que já havia vencido o Pregão Presencial nº 76/21, do Município de Itapeva**, que fora suspenso por ordem desse Tribunal.

Portanto, os critérios arbitrários previstos no edital para a prova de conceito, os quais se repetem ao longo das reedições dos procedimentos licitatórios, somados ao fato de que o edital impugnado representa cópia de edital de outro certame cujo objeto foi adjudicado à empresa MIT – Minas Instituto da Tecnologia, indicam haver sérios indícios de direcionamento da licitação.

Desse modo, considerando as reiteradas revogações e reedições de procedimentos licitatórios, às pressas, pelo município, bem como pelos indícios de que o processo de elaboração do edital esteja viciado, considero presente o requisito do *fumus boni iuris* necessário à concessão da tutela cautelar.

Igualmente presente o *periculum in mora*, em razão da proximidade da data prevista para a sessão do pregão presencial, bem como do potencial dano ao erário que poderá advir da contratação da empresa vencedora do certame.

Isso posto, presentes a probabilidade do direito alegado e o perigo da demora, com fulcro no art. 96, III, da Lei Orgânica e no art. 197, § 2º, do Regimento Interno, e no exercício do poder geral de cautela, **defiro a medida cautelar** requerida, *ad referendum* da Segunda Câmara, ficando preservada a possibilidade de o conselheiro competente para relatar o feito reapreciar a medida concedida.

Determino o encaminhamento dos autos à **Secretaria da Segunda Câmara**, a fim de que promova, com a urgência que o caso requer, por meio eletrônico, nos termos do inciso VI do §1º do art. 166 do Regimento Interno, a intimação do Senhor Daniel Pereira do Couto, prefeito municipal, e o Senhor Marcelo Guido Pereira, pregoeiro, para que suspenda o Pregão Presencial nº 112/2021, na fase em que se encontra, até ulterior deliberação deste Tribunal.

Os intimados deverão comprovar, em forma documental, no prazo de 05 (cinco) dias o cumprimento da medida cautelar, prestar os esclarecimentos que entenderem pertinentes acerca dos apontamentos constantes nos autos e encaminhar, em meio eletrônico, toda a documentação relativa ao Pregão Presencial nº 112/2021.

Ademais, caso a Administração municipal resolva promover outro procedimento licitatório para a contratação dos mesmos serviços do edital suspenso, ou que possua objeto similar, os intimados deverão, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas contados da publicação do edital, encaminhar ao Tribunal, em meio eletrônico cópia integral de todo o procedimento licitatório.

⁴ Disponível em: <<https://estiva.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Homologa%C3%A7%C3%A3o-Preg%C3%A3o-078-2021.pdf>>

Os intimados deverão ser cientificados de que o não cumprimento de quaisquer das diligências ora determinadas, nos prazos fixados, ensejará a aplicação de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal.

Determino, também, que a Secretaria da Segunda Câmara promova o apensamento da Denúncia nº 1.114.419 aos presentes autos, a qual também foi proposta em face do Pregão Presencial nº 112/2021, do Município de Itapeva.

Ultimadas as diligências referentes às intimações e ao *referendum* da medida cautelar, remeta-se a presente denúncia e o Processo nº 1.114.419, em apenso, à consideração do conselheiro-presidente. Valendo ressaltar que declinei da competência para relatar as Denúncias nºs 1.114.369 e 1.107.710, a ela antecedente, bem assim que a distribuição, à minha relatoria, deste processo ocorreu por dependência, em razão de ainda me encontrar na situação de relator dos referidos processos e em absoluta contradição com o entendimento do próprio conselheiro-presidente na distribuição da Denúncia nº 1.107.710, objeto de conflito negativo de competência ainda não definitivamente resolvido.

Em face do exposto, nos termos do parágrafo único do art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas e do § 1º do art. 264 do Regimento Interno, submeto a referida decisão ao referendo deste Colegiado.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também estou de acordo.

REFERENDADA A DECISÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

* * * * *