

Processo: 1046769
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Convenium Serviços Administrativos Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Muriaé
Responsáveis: Ioannis Konstantinos Grammatikopoulos, Sueli Ribas Paulino Costa
Procuradores: Amanda Aguiar Madureira Bertolini, OAB/MG 154.600; Carlos Augusto de Souza Santos, OAB/MG 168.199; Evandro D'agostini Boari, OAB/MG 117.339; Grace Quele da Silva Toledo Linares, OAB/MG 63.583; Gustavo Bertolini Simões Leite, OAB/MG 156.123; Jéssica Cristine Andrade Gomes, OAB/MG 174.178; Jordânia Ferreira dos Santos, OAB/MG 169.906; Leonardo Spencer Oliveira Freitas, OAB/MG 97.653; Luciano Luiz Bandeira de Melo, OAB/MG 88.273; Luís André de Araújo Vasconcelos, OAB/MG 118.484; Maila Ranielli Costa de Sousa Rocha, OAB/MG 180.974; Petrina Feres Bandeira de Melo Carvalho, OAB/MG 66.712; Ricardo Resende Bersan, OAB/MG 136.429; Rogério de Freitas Caldas, OAB/MG 48.916; Thamires Isabella Pena Bramante, OAB/MG 183.373
MPTC: Sara Meinberg
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

SEGUNDA CÂMARA – 10/3/2022

DENÚNCIA. PREFEITURA. PREGÃO PRESENCIAL. PRELIMINAR PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE INTEGRANTE DO QUADRO DE PESSOAL DA ADMINISTRAÇÃO. AFASTADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO. POSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE TEMPO MÍNIMO DE EXPERIÊNCIA E QUALIFICAÇÃO ACADÊMICA *STRICTO SENSU* PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA E COMPROVAÇÃO DE ATUAÇÃO EM LOCAIS ESPECÍFICOS, NÃO EXIGIDOS EM LEI. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ART. 22 DA LINDB. AFASTAMENTO DA MULTA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. As exigências documentais não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas que venham restringir a competitividade do certame. Além disso, é dever da Administração, ao realizar procedimento licitatório, exigir documentos compatíveis com o objeto licitado e que estejam em consonância com a Lei de Licitações.
2. Ressalte-se que a nova orientação fixada por este Tribunal é quanto à possibilidade de contratação de serviços advocatícios mediante inexigibilidade de licitação, que à luz da Lei de Introdução ao Código Civil e da Lei Federal n. 14.038/2020, reconheceu a singularidade dos serviços de profissionais de advocacia e de contabilidade (vide processos n. 987411, de 7/1/2021; n. 986740, de 13/1/2021; n. 1072531, de 20/1/2021; n. 1058584, de 11/2/2021; n. 1076932, de 4/3/2021; n. 1031497, de 22/4/2021 e n. 1015625, de 30/4/2021).
3. A responsabilização do agente público deve observar o disposto no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), o qual exige maior atenção às circunstâncias que impactam a atuação administrativa e o resultado prático da conduta dos agentes públicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) afastar a preliminar de inconstitucionalidade suscitada pela denunciante, ainda mais que a contratação em tela objetivou, à época, complementar os trabalhos realizados pela Procuradoria do Município de Muriaé, como comprovado pela defesa;
- II) julgar parcialmente procedente a denúncia, no mérito, em razão das irregularidades constatadas no Processo Licitatório n. 94/2018, Pregão Presencial n. 081/2018, promovido pela Prefeitura de Muriaé, notadamente nos itens 2, 3 e 4 desta proposta de decisão, a seguir indicados:
 2. Da Exigência de tempo mínimo de experiência como exigência de qualificação técnica profissional, em desacordo com o art. 30 da Lei n. 8.666/93;
 3. Da exigência de qualificação acadêmica *stricto sensu*, contida no subitem 6.2.9.10 do edital, em ofensa ao art. 30 da Lei n. 8.666/93;
 4. Exigência de comprovação de atuação em tribunais específicos em detrimento de outros tribunais que exercem as mesmas competências, contrariando o disposto no art. 37, XXI da CR/88 c/c o art. 30, §§ 1º e 5º, da Lei n. 8.666/93;
- III) deixar de aplicar multa ao prefeito de Muriaé, sr. Ioannis Konstantinos Grammatikopoulos e à pregoeira, sra. Sueli Ribas Paulino Costa, pelas exigências editalícias consideradas irregulares, eis que não foram apurados indícios de danos aos cofres municipais ou distorções na fase de contratação dos serviços licitados, à luz do § 2º do art. 22 da Lindb, atento às dificuldades que os órgãos jurisdicionados enfrentam no exercício de suas competências e, ainda, ao caráter pedagógico que deve guiar as ações deste Tribunal;
- IV) recomendar aos atuais gestores do Município de Muriaé que, nas futuras licitações, observem as determinações contidas nesta decisão;
- V) determinar, após o trânsito em julgado e a adoção das medidas cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos regimentais.

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

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de março de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

LICURGO MOURÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 10/3/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia formulada pela empresa Convenium Serviços Administrativos Ltda - ME, em face de supostas irregularidades ocorridas no Edital do Pregão Presencial n. 081/2018, Processo Licitatório n. 094/2018, promovido pela Prefeitura de Muriaé, objetivando a contratação de sociedade de advogados para prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica, compreendendo as seguintes áreas: Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Tributário, Direito Constitucional e advocacia de 2ª Instância, Tribunais Superiores e Tribunal de Contas para apoio aos trabalhos da Procuradoria Municipal, com valor total estimado em R\$96.400,00.

Em síntese, a denunciante apontou a existência de cláusulas restritivas à competitividade e terceirização irregular de atividade inerente ao quadro de pessoal da administração, em afronta ao disposto no art. 37, II, da Constituição da República, e, ao final, requereu a suspensão cautelar do contrato decorrente da licitação impugnada.

Conforme determinação de fl. 97, exarada pelo conselheiro presidente à época, os autos foram autuados como denúncia e distribuídos à minha relatoria à fl. 98.

À fl. 99, determinei a intimação do sr. Ioannis Konstantinos Grammatikopoulos, prefeito de Muriaé, e da sra. Sueli Ribas Paulino Costa, presidente da Comissão de Licitação, para que encaminhassem a este Tribunal de Contas cópia integral das fases interna e externa do Processo Licitatório n. 94/2018 (Pregão Presencial n. 81/2018), inclusos os contratos por ventura firmados, bem como apresentassem as justificativas que entendessem pertinentes acerca dos apontamentos de irregularidades lançados na denúncia.

Em atendimento ao despacho, os intimados encaminharam justificativa da Administração e documentação. Após, os autos foram encaminhados a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM para análise e elaboração de relatório técnico, conforme determinação de fl. 135.

Em sua manifestação de fl. 137/138v, a 1ª CFM entendeu que, no caso sob exame, a terceirização dos serviços advocatícios não foi irregular, e com relação ao pedido de cautelar de suspensão, informou que o contrato já tinha sido assinado, sendo competente, portanto, o Poder Legislativo – e não este Tribunal – para sustar o contrato, consoante disposto no art. 71, §1º, da Constituição da República.

Por outro lado, manifestou-se pela citação dos responsáveis, em razão das seguintes irregularidades (fl. 150-v):

- Inadequação da modalidade licitatória em face do objeto;
- Exigência de tempo mínimo de experiência como exigência de qualificação técnica-profissional, em desacordo com o art. 30, da Lei n. 8.666/93;
- Exigência de qualificação acadêmica stricto sensu, contida no subitem 6.2.9.10 do edital, em razão da incompatibilidade com a modalidade realizada;
- Exigência de comprovação de atuação em tribunais específicos em detrimento de outros tribunais que exercem as mesmas competências, caracterizando cláusula restritiva, diminuindo competição no certame, em desacordo com o estabelecido no art. 37, XXI da CF/88 e §1º, I, do art. 3º, da Lei n. 8.666/93; e
- Ausência da previsão de critério de reajuste que trate a variação efetiva do custo de produção, inobservando a norma expressa no art. 40, XI, da Lei n. 8.666/93.

Após, o Ministério Público de Contas, na manifestação de fl. 153/156, complementou a análise inicial da 1ª CFM, destacando que:

- o Pregão Presencial n. 081/2018 visava a completa terceirização de serviços jurídicos essenciais à Administração Municipal, conforme descrito no Termo de Referência: elaboração de defesas, ajuizamento de ações, emissão de pareceres administrativos e consultoria sobre legislação (fl. 155);
- essa forma de terceirização contraria o ordenamento jurídico, porquanto é admitida apenas a contratação de serviços jurídicos complementares, ou para situações excepcionais, e mediante prévia motivação, haja vista a preferência de realização dos trabalhos rotineiros pelos próprios servidores do corpo jurídico do município. Afinal, é necessário observar o princípio do concurso público;
- a confirmação das irregularidades apontadas nos autos poderia ensejar a determinação de anulação do certame, conforme jurisprudência colacionada.

Citados (fl. 158), os responsáveis apresentaram a defesa conjunta anexada às fls. 163/177.

Em seu reexame de fls. 179/187, a 1ª CFM desconsiderou os apontamentos relativos à ausência de critérios de reajuste contratual no edital da licitação e o aditamento do MPC quanto à possível terceirização irregular dos serviços advocatícios rotineiros (fls. 179/187). Destacou, ainda, que o contrato decorrente da licitação sob exame já surtiu efeitos legais, tendo sido os serviços executados pela empresa Carneiro e Ribeiro Advogados Associados.

Com relação à possível terceirização irregular de serviços jurídicos, o MPC verificou que, de fato, os defendentes esclareceram que, na prática, o Pregão n. 081/2018 visou apenas reforçar os trabalhos da Procuradoria Municipal de Muriaé, a despeito da descrição dos serviços licitados no Termo de Referência (fl. 155). Assim, afastou o apontamento de irregularidade por ele aditado.

Quanto às hipóteses de suspensão liminar ou de determinação de anulação do certame, o MPC também enfatizou que “não mais se aplicam ao caso sob exame, porquanto a contratação decorrente do Pregão denunciado já ocorreu”, conforme demonstrado no reexame da 1ª CFM.

Contudo, verificou o *Parquet* de Contas que a defesa apresentada não foi capaz de sanar as seguintes irregularidades, conforme exposto pela 1ª CFM (fls. 186v/187):

- Inadequação da modalidade licitatória em face do objeto;
- Exigência de tempo mínimo de experiência como exigência de qualificação técnica profissional, em desacordo com o art. 30, da Lei n. 8.666/93;
- Exigência de qualificação acadêmica *stricto sensu*, contida no subitem 6.2.9.10 do edital, em razão da incompatibilidade com a modalidade realizada;
- Exigência de comprovação de atuação em tribunais específicos em detrimento de outros tribunais que exercem as mesmas competências, caracterizando cláusula restritiva, diminuindo competição no certame, em desacordo com o estabelecido no art. 37, XXI da CR/88 e §1º, I, do art. 3º da Lei n. 8.666/93.

Logo, concluiu o MPC que remanescem as seguintes irregularidades: utilização de modalidade licitatória inadequada (Pregão) e a consequente exigência de critérios de melhor técnica de maneira inadequada e incompatível com o disposto na Lei n. 8.666/93, no que concluiu que assiste razão à unidade técnica (estudo conclusivo às fls. 179/187), opinando pela procedência da denúncia, bem como pela aplicação de multa aos responsáveis.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passa-se ao exame das irregularidades denunciadas e daquelas indicadas pela unidade técnica e aditadas pelo órgão ministerial, a saber:

Preliminar – Da inconstitucionalidade da terceirização de atividade integrante do quadro de pessoal da administração

A denunciante informou às fls. 2/5, que o objeto do Edital em exame foi a contratação de empresa especializada (sociedade de advogados) para prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídica, compreendendo as áreas de Direito Administrativo, Direito Civil, Direito Tributário, Direito Constitucional e advocacia de 2ª instância, Tribunais Superiores e Tribunal de Contas para apoio aos trabalhos da Procuradoria do Município de Muriaé, o que evidencia que as atividades a serem prestadas por ocasião da contratação não se restringem a atividades jurídicas acessórias ou voltadas ao patrocínio de causas específicas e pontuais, mas sim englobam toda a atividade rotineira da Procuradoria, órgão que integra os quadros da Administração Municipal.

Aduziu que tal fato caracterizou terceirização das atividades jurídicas típicas do advogado público, o que, no caso em tela, constituiu prática condenada pela jurisprudência predominante do Tribunal de Contas da União, que adota a tese de que é possível a terceirização dos serviços advocatícios, exceto nos casos em que o cargo de advogado integre o quadro funcional da Administração. Nessa hipótese, a terceirização deve restringir-se a causas específicas, dotadas de singularidade e complexidade que extrapolem a competência da respectiva Procuradoria Municipal.

Destacou que no Acórdão 1.278 do TCU, aquela Corte, por ocasião das contratações de serviços advocatícios nos moldes aqui tratados, já apreciou a violação do art. 37, II da CRFB/88, justamente por considerar a terceirização absolutamente irregular.

Desse modo, asseverou que é ilegal a contratação pretendida pelo Município de Muriaé e requereu que este e. Tribunal, após reconhecida e declarada a referida inconstitucionalidade, determine ao Município que anule o certame e se abstenha de promover futuras contratações de serviços advocatícios sem a devida justificativa e sem a presença dos requisitos já reafirmados em decisões anteriores desta Casa.

Os denunciados justificaram às fls. 117/119 que as decisões do TCU indicadas pela denunciante abarcaram suposta contratação irregular de serviços jurídicos técnico-especializados no âmbito da Administração Pública Federal Indireta – a Cia. de Docas do Rio Grande do Norte e a Eletrobrás, respectivamente. Assim, o contexto da análise do objeto feita pelo TCU foi completamente diverso, eis que a União dispõe de quadro de servidores suficiente, distribuído em todo o território nacional, o que justifica, na maioria das vezes, o impedimento à contratação de serviços jurídicos.

Com relação ao Município de Muriaé, os denunciados aduziram que a situação é diferente, posto que “conta com apenas 05 (cinco) procuradores jurídicos de carreira e um estoque de milhares de processos judiciais em tramitação nas instâncias primeira, segunda, superior e extraordinária, além dos feitos em tramitação nos juizados especiais, além da atribuição consultiva para os órgãos do Executivo”.

Destacaram que os procuradores de carreira e sua equipe de apoio são completamente absorvidos pela advocacia contenciosa em primeiro grau e consultiva dos diversos órgãos e entidades da Administração Municipal e que a imensa maioria são constituídos de processos físicos e que o município fica à 315 km distante da capital estadual, sendo corriqueira a solicitação de serviços junto aos órgãos estaduais e federais.

Com isso, os denunciados suscitaram que se “a argumentação da denunciante prosperar, centenas de municípios mineiros seriam obrigados a constituir órgãos ou estruturas físicas e de pessoal na capital do Estado, ferindo sua autonomia, sua discricionariedade na definição da estrutura administrativa e na conveniência e oportunidade para melhor atendimento do interesse público que os orientam”.

A 1ª CFM em seu relatório técnico inicial de fl. 137/138v, concluiu que, na situação sob exame, a terceirização dos serviços advocatícios não foi irregular, tendo o contrato decorrente da licitação surtido seus efeitos legais com a execução dos serviços pela empresa Carneiro e Ribeiro Advogados Associados.

Com relação à suspensão cautelar requisitada pela denunciante sustentou que, como o contrato já havia sido assinado, competiria ao Poder Legislativo – e não a este Tribunal –

promover a sustação contratual, em conformidade com o disposto no art. 71, §1º, da Constituição da República.

Discordando do entendimento exarado pela unidade técnica, o MPC em sua manifestação preliminar, verificou que o Pregão Presencial n. 081/2018 apresentou, assim como denunciado, objeto irregular (terceirização irregular de serviços corriqueiros da Administração) e cláusulas prejudiciais à competitividade. Com isso, entendeu que os serviços advocatícios licitados eram rotineiros e deveriam ser realizados por servidores concursados, na forma prevista no art. 37, II, da CR/88, ressalvadas as situações excepcionais, devidamente motivadas, concluindo, assim, pela irregularidade do certame, bem como da contratação dele decorrente. Por fim, entendeu que, confirmadas as irregularidades suscitadas, existiriam justificativas suficientes para que fosse determinada a anulação da licitação sob exame, bem como a do contrato dela decorrente.

No exame da defesa, a unidade técnica reiterou que é possível terceirização dos serviços advocatícios rotineiros e que o contrato decorrente da licitação sob exame já tinha sido celebrado com a empresa Carneiro e Ribeiro Advogados Associados, no valor de R\$93.600,00.

O MPC em seu parecer conclusivo, verificou que os defendentes conseguiram esclarecer que, na prática, o Pregão n. 081/2018 visou apenas reforçar os trabalhos da Procuradoria Municipal de Muriaé, a despeito da descrição dos serviços licitados no Termo de Referência (fl. 155), razão pela qual entendeu justificada a contratação dos serviços jurídicos licitados, desconsiderando, assim, o apontamento complementar por ele aditado.

Ademais, observou o MPC, ainda, que as hipóteses de suspensão liminar ou de determinação de anulação do certame não mais se aplicavam ao caso sob exame, porquanto a contratação do objeto licitado já tinha ocorrido, conforme demonstrou a 1ª CFM em seus exames técnicos.

Considerando que este Tribunal já havia se manifestado sobre a possibilidade da contratação de advogado e/ou sociedade de advogados para que as atividades jurídicas da máquina administrativa não sejam prejudicadas ou inviabilizadas, quando ausentes profissionais da área jurídica no quadro de servidores efetivos do município, admitindo a terceirização integral deste serviço por meio de licitação¹, nos termos da Representação n. 944508, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, apreciada na Sessão da Segunda Câmara, de 20/4/2017.

Sobre a matéria, destaco a nova orientação fixada por este Tribunal quanto à possibilidade de contratação de serviços advocatícios mediante inexigibilidade de licitação, eis que à luz da Lei de Introdução ao Código Civil e da Lei Federal n. 14.038/2020, reconheceu-se a singularidade dos serviços de profissionais de advocacia e de contabilidade (vide processos n. 987411, de 7/1/2021; n. 986740, de 13/1/2021; n. 1072531, de 20/1/2021; n. 1058584, de 11/2/2021; n. 1076932, de 4/3/2021; n. 1031497, de 22/4/2021 e n. 1015625, de 30/4/2021).

Isso posto, **afasto a preliminar de inconstitucionalidade suscitada pela denunciante**, ainda mais que a contratação em tela objetivou, à época, complementar os trabalhos realizados pela Procuradoria do Município de Muriaé, como comprovado pela defesa.

Mérito

1. Inadequação da modalidade licitatória pregão para a contratação de serviço de assessoria jurídica

Inicialmente, destaca-se que a denunciante reiterou os mesmos argumentos já apresentados quando da impugnação ao edital, que se encontra às fls. 83/98 do CD anexo, tendo a pregoeira, em resposta a essa impugnação, mantido inalterado o instrumento convocatório.

¹ Representação n. 944508, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, apreciada na Sessão da Segunda Câmara, de 20/4/2017.

A denunciante aduziu na peça vestibular, em síntese, que a modalidade adotada pela Administração Municipal, Pregão Presencial, regida pela Lei n.10.520/2012, é modalidade utilizada para a aquisição de bens e serviços comuns.

Informou que o pregão se desenvolve mediante procedimento bastante simples e exame superficial das propostas, o que o torna inadequado para contratações que envolvam complexidades. Isso se aplica tanto ao aspecto subjetivo do licitante, quanto ao ângulo objetivo da proposta. Por isso, o pregão é apropriado apenas para licitações que versem sobre objeto dito comum.

Afirmou, no caso em tela, que não se trata de objeto simples, executável por qualquer profissional ou escritório de advocacia, tampouco o escopo do objeto contratual pode ser facilmente medido por padrões uniformizáveis de qualidade. Consiste em objeto incomum, dotado de alta complexidade e que exige adequada capacitação para que possa ser executado de forma que atenda os interesses da Administração.

Dessa forma, afirmou que a prestação de serviços jurídicos em hipótese alguma pode ser enquadrada como serviço comum, pois se trata de um serviço público indispensável à administração da justiça, tanto que a Lei n. 8.666/93, art. 13, inciso V, os insere como serviços técnicos profissionais especializados, os quais poderiam, quando muito, ser licitados através de modalidade que permitisse a verificação do teor das propostas e não apenas o seu valor econômico.

Sobre esta questão os denunciados justificaram que o denunciante, propositalmente, confundiu a previsão legal de contratação de serviços comuns com a de serviços simples, para denunciar a escolha de modalidade pregão. Esclareceram que serviços comuns licitáveis pela modalidade pregão são aqueles ordinários, cotidianos, o que não impede que tenham natureza complexa.

Informaram mais, que os serviços especificados no edital eram cotidianos para qualquer município e que serviços técnico-profissionais de natureza jurídica são considerados de prateleira, nesse sentido, transcreveram manifestação do Tribunal de Contas da União, no Acórdão TC-011.910/2010.

Por fim, afirmaram que o edital de licitação publicado definiu padrões usuais no mercado, considerando o local de prestação preponderante do serviço, a complexidade de alguns itens do objeto e o volume de processos que compõe o objeto contratado, o que levou o enquadramento como serviço comum, ou seja, passível de contratação mediante pregão.

O MPC entendeu que esses serviços jurídicos, dado ao caráter rotineiro, deveriam ser contratados por concurso público.

Já a 1ª CFM entendeu viável a contratação mediante procedimento licitatório, tendo em vista que a doutrina e jurisprudência têm acolhido a terceirização para prestação de serviços advocatícios. Entretanto, justificou que não poderia a contratação desses serviços se dar mediante pregão, tendo em vista que essa modalidade deve ser adotada somente para contratação de serviços comuns, o que não é o caso em tela. Nesse sentido, o relatório técnico inicial, fl. 144/144-v, demonstrou que a realização de procedimento licitatório na modalidade pregão, objetivando a contratação de serviços técnico jurídicos de natureza consultiva, relativos a causas judiciais, é irregular.

Por fim, ressaltou que, embora não haja previsão legal ou construção jurisprudencial que imponha determinada modalidade de licitação específica para a contratação de assessoria jurídica, certo é que não poderá ser por meio de pregão, cuja distinção principal é ser utilizado para contratação de serviços comuns e concluiu pela permanência do apontamento de irregularidade denunciado.

Em seu parecer conclusivo, o MPC ratificou o entendimento da unidade técnica pela procedência deste item denunciado.

Sobre a matéria, destaco julgados do TCU, *in verbis*:

SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

De igual modo, o TCU tem entendido que **o serviço advocatício**, dependendo do caso, pode ser enquadrado como comum. [...] Da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005 não decorre oposição inconciliável entre serviço comum e grau de nível superior. [...] **Frente a qualquer contratação, somente pelas circunstâncias do mercado próprio de cada serviço poderá ser esclarecido se o caso atende ou não à condição de comum [...]. O presente caso trata da contratação de serviços advocatícios no âmbito do direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo. As matérias do Juizado Especial [...] são de baixíssima complexidade, assim como as corriqueiras questões de direito administrativo, de sorte que não se vislumbra nenhum tipo de serviço que não possa ser qualificado como comum. Dessa forma, entende-se cabível, *in casu*, o uso da modalidade pregão.**” (Acórdão nº 1336/2010 - Plenário) (g.n.)

11. A possibilidade de considerar a contratação de serviços advocatícios como objeto comum e o reconhecimento de que, se esse for o caso, a modalidade de licitação a ser utilizada deve ser o pregão, preferencialmente sob a forma eletrônica, vêm sendo reiterados por esta Casa em manifestações posteriores, tais como, apenas para citar alguns exemplos mais recentes, por meio dos Acórdãos 657/2016 e 868/2016, ambos do Plenário. Ressalte-se, a propósito do argumento acessório, destinado a afastar a aplicabilidade do pregão, atinente à possibilidade de “avaliação da técnica dos licitantes e que tal fator seja levado em consideração para fins de julgamento e escolha da proposta mais vantajosa”, o aspecto de a Carta-Convite 001/2017 ser do tipo “menor preço global” (vide fl. 1, peça 3), hipótese em que a alegada possibilidade não se coloca. (Acórdão 197/2018 – Plenário) (g.n.).

Analisando os elementos do caso em tela, tem-se que o Anexo I do Edital, Termo de Referência, às fls. 38/39 do CD anexo, delimita as atividades a serem desempenhadas pela vencedora da licitação, vejamos:

1.1.1 - ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO (constante do Anexo I – Termo de Referência)

As sociedades de advogados deverão prestar serviços de assessoria e consultoria jurídica ao MUNICÍPIO de Muriaé, nas áreas de Direito Administrativo e Municipal, com emissão de Pareceres Jurídicos de alta complexidade e acompanhamento de processos administrativos e judiciais de interesse do Município de Muriaé, especialmente junto aos Tribunais situados em Belo Horizonte e Brasília, bem como Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, compreendendo os seguintes serviços:

a) acompanhamento dos processos de interesse do MUNICÍPIO junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e Tribunal de Contas da União, envolvendo tomada de contas especial, inspeções ordinárias e extraordinárias, consultas, prestação de contas e denúncias, com apresentação de justificativas, defesas e recursos cabíveis naquela corte de contas, até final decisão administrativa.

b) emissão de pareceres sobre controvérsias envolvendo a Administração municipal, como, por exemplo, em questões relativas a servidores públicos municipais, inclusive em processo administrativo disciplinar, processos licitatórios, contratos e/ou convênios a serem celebrados, Lei de Responsabilidade Fiscal, questões previdenciárias, questões orçamentárias, e questões relativas ao relacionamento com o Legislativo Municipal, como elaboração de vetos a projetos de lei, remessa de esclarecimentos à Câmara;

c) defesa judicial do Município e acompanhamento processual em mandados de segurança, ações populares, civis públicas, ações de cobrança ou de indenização e quaisquer outras espécies de ações judiciais que venham a ser ajuizada contra o Município, mediante solicitação da Procuradoria;

d) ajuizamento, para o Município de ações diretas de inconstitucionalidade de leis municipais, mandados de segurança e outras que sejam necessárias;

e) defesa e acompanhamento de processos administrativos em órgãos públicos, como, por exemplo, FEAM–Fundação Estadual do Meio Ambiente, Procuradoria Regional do Trabalho, Conselhos Regionais;

f) consulta sobre legislação aplicada à Administração Municipal, acerca da constitucionalidade de leis e da legalidade de atos administrativos;

Spoel

g) Realização de uma visita mensal, pelo responsável técnico, ao MUNICÍPIO para realização de reuniões a serem agendadas com antecedência mínima de 7 (sete) dias. As despesas das visitas ordinárias deverão correr por conta da contratada.

h) Atuação nos processos de interesse do MUNICÍPIO junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal Regional Federal da 1ª Região e Tribunais Superiores, levando em consideração que o Município possui a seguinte quantidade de processos em cada um dos tribunais:

Assim, em todo o rol de funções a serem desempenhadas, observa-se tratar de atividades corriqueiras à Administração, relacionadas à assessoria jurídica para a prática administrativa e ao fluxo ordinário de processos relativos à municipalidade, sem referência a qualquer causa específica ou notoriamente complexa. Assim, as atividades delimitadas são, nos termos utilizados pelo próprio denunciante, ínsitas à atividade de assessoria jurídica do município (fls. 38/39 do CD anexo), não depreendendo qualquer especialidade que afaste a possibilidade de definição de padrões de desempenho e qualidade de maneira objetiva pelo edital nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520/02.

Nota-se, em pesquisa realizada no sítio eletrônico da Prefeitura de Muriaé, que a Administração Municipal possui Procuradoria Jurídica, composta de um Procurador Geral, quatro outros procuradores e dois Assessores Jurídicos, todos, constantes da folha de pagamento do Município. Ou seja, a estrutura da Prefeitura mantém em seus quadros sete profissionais do direito, sendo que a contratação em voga objetivou somente dar apoio aos trabalhos da Procuradoria na advocacia de 2ª Instância, Tribunais Superiores e Tribunal de Contas.

Esta Corte de Contas já se manifestou sobre esta possibilidade nos excertos abaixo:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA. IRREGULARIDADES. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO. EXIGÊNCIA DE SOCIEDADE FORMADA POR, NO MÍNIMO, DOIS ADVOGADOS. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. 1. É admitida a contratação de serviços advocatícios de natureza comum, por meio de pregão, quando demonstrada a ausência de pessoal em número suficiente para executar as tarefas necessárias e representar o órgão em juízo ou administrativamente nas demandas existentes. [...]. (Denúncia n. 1007654, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, na Sessão da Segunda Câmara de 22/11/2018)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. 1. É possível a licitação mediante pregão para bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser definidos de maneira objetiva no edital, admitindo-se a contratação de serviços advocatícios de natureza comum. [...] (Denúncia n. 1098557, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, na Sessão da Segunda Câmara de 6/5/2021)

Desse modo, diferentemente do entendimento da unidade técnica e do órgão ministerial, compreendo que o Pregão Presencial n. 081/2018, não contrariou as disposições do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520/02, sendo regular a contratação de serviço de assessoria jurídica por meio da modalidade licitatória pregão, razão pela qual tenho por improcedente a denúncia quanto a este apontamento.

2. Da exigência de tempo mínimo de experiência para qualificação técnica profissional, em desacordo com o art. 30 da Lei n. 8.666/93

3. Da exigência de qualificação acadêmica *stricto sensu*, contida no subitem 6.2.9.10 do edital, em ofensa com o art. 30 da Lei n. 8.666/93

Estes dois itens serão analisados em conjunto por conterem o mesmo fundamento legal.

A denunciante suscitou que pela leitura do art. 30 da Lei n. 8.666/93, o rol de documentos exigidos para comprovação de qualificação técnica é taxativo, devendo se limitar àqueles estritamente discriminados nos seus incisos I a IV.

E mais, afirmou que a exigência de tempo mínimo de experiência vai contra a dominante jurisprudência do TCU e TCEMG, no sentido e que os perfis profissionais exigidos pela contratante devem ser definidos com base na efetiva capacidade de prestação de determinado serviço e não em seu tempo de experiência.

Aduziu, ainda, que o tempo de formação profissional ou de registro nos conselhos profissionais, não garantem o efetivo exercício de determinada atividade, tampouco a qualificação profissional para o desempenho do objeto contratado.

Registrou que para o exercício da atividade de advocacia se requer o grau de bacharel em ciências jurídicas, aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, bem como a inscrição nos quadros da entidade mencionada, observados os demais requisitos previstos em legislação específica – Lei n. 8.906/1994, não havendo qualquer menção a cursos de pós-graduação.

Asseverou que as exigências contidas no subitem 6.2.9.10 do edital, não se mostram essenciais à execução do objeto do certame, pois tratam-se de serviços comuns de advocacia pública, que embora dotados de certa complexidade, não extrapolam a competência comum da profissão. Tanto é assim que a opção adotada pela Administração foi o pregão, modalidade utilizada precipuamente para contratação de serviços comuns.

Salientou que o curso de pós-graduação sem dúvida permite que o indivíduo aprimore seus conhecimentos específicos, no entanto, não garante que haverá substancial incremento da sua capacidade de advogar. Ainda, que a contratação não se refere a profissional, mas um escritório, este composto por vários advogados, logo nem sempre o sócio pós-graduado trataria pessoalmente de todas as ações.

Dessa forma, como a exigência estabelecida não encontra previsão legal no procedimento do pregão, acredita que se apresenta completamente descabida, porquanto consigne exigência habilitatória não autorizada pela Lei de Licitações.

Com isso, o denunciante entendeu que o certame deveria ser anulado diante da clara restrição a competitividade e eventual direcionamento da licitação.

A unidade técnica em seu exame inicial, entendeu que a inclusão do tempo de formação acadêmica ou a experiência profissional entre as exigências da qualificação técnica-profissional, sem uma justificativa técnica expressa no Edital, restringe a competição no certame.

O prefeito e a presidente da Comissão de Licitação informaram que a exigência de qualificação técnica para os sócios da licitante que seria contratada se explica pela natureza eminentemente pessoal da prestação de serviços exigida, serviços consultivos e contenciosos jurídicos.

Afirmaram que mesmo que os sócios não atuem diretamente em todos os processos, constituem a equipe técnica responsável pela execução do objeto contratado. Acentuaram que, indiretamente, a própria denunciante explica a razão exigência de pós-graduação em sentido estrito e tempo mínimo de exercício para os sócios da sociedade profissional que seria contratada. Assim, afirmaram que o Edital exigiu que os profissionais contratados tivessem experiência de mercado e qualificação técnico-profissional atestadas, tendo em vista a complexidade das demandas a serem desempenhadas, como elaboração suspensão de liminares, de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ações Declaratórias de Constitucionalidade, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ações Civis Públicas, etc.

Asseveram que não há que se admitir em uma contratação que envolve tamanha relevância como a defesa judicial do município, que esta seja desprovida do acompanhamento de equipe técnica qualificada, inclusive no que se refere ao aspecto quantitativo, o que justifica a demonstração de atuação em mais de um tribunal.

Transcreveram entendimento do TCU para concluir que todas as exigências feitas no edital se respaldaram na lei e visaram garantir a efetiva adequação dos serviços prestados. Reiteraram que os custos da contratação gerariam grande economicidade para o município, tendo em vista a escolha de profissionais qualificados com baixo custo, em detrimento do provimento do quadro com servidores públicos efetivos.

Por fim, aduziram que, ainda que persistam as irregularidades apontadas, não são as mesmas aptas a ensejar a anulação do certame, conforme entendimento sedimentado do TCU, no Acórdão n. 1336/10, que transcrevem à fl. 175.

A unidade técnica, em seu reexame, observou que os defendentes não trouxeram elementos capazes de alterar a sua análise inicial, eis que pelo rol de documentos exigidos para a comprovação de qualificação técnica presente no art. 30 da Lei n. 8.666/93, percebe-se que os documentos que podem ser exigidos são taxativos, o que obsta criação de comandos extraordinários pelo órgão administrativo interessado, por poder gerar insegurança jurídica. Nesse sentido, destacou entendimento do TCU, segundo qual:

Exigências relativas ao tempo de formação acadêmica e de experiência profissional somente são aceitáveis como requisito de habilitação em licitações se acompanhadas de justificativa expressa, no instrumento convocatório, que demonstre a imprescindibilidade de tais condições à execução do objeto. (Acórdão 3.356/2015-Plenário).

Dessa forma, ressaltou a 1ª CFM que a efetiva capacidade de um profissional no desempenho do objeto contratado não se mede pelo tempo mínimo de experiência, pois tal desempenho dependerá de múltiplos fatores, os quais já estão elencados de forma taxativa nos incisos I a IV do art. 30 da Lei 8.666/93.

Logo, concluiu que a inclusão do tempo de formação acadêmica ou a experiência profissional entre as exigências da qualificação técnica-profissional, sem uma justificativa técnica expressa no Edital, incorre em ilegalidade, pois restringe a competição no certame.

Como dito no item antecedente, o MPTC ratificou a análise técnica da 1ª CFM.

Observa-se que a exigência contida no subitem 6.2.9.10, determina:

Comprovação de que a sociedade possui em seus quadros **advogado que tenha concluído curso de pós-graduação em sentido estrito (mestrado ou doutorado), em direito público**, que será o responsável técnico pelo acompanhamento dos serviços, que deverá ser demonstrado por meio de **certidão ou diploma emitido pela instituição de ensino**. (g.n)

Observa-se que a cláusula transcrita, refere-se à habilitação técnica do licitante e sobre a documentação hábil a sua comprovação. Vide que a Lei n. 8.666/93, estabelece:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. Destaque-se que o § 1º deste artigo limita:

§ 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.

Resta claro que o inciso II permite que, para a comprovação da qualificação técnica operacional da licitante é possível que o instrumento convocatório exija indicação da estrutura da empresa para prestar os serviços objeto do futuro contrato, qual seja, instalações, aparelhamento e pessoal técnico, constando a qualificação dos membros da equipe.

O dispositivo não autoriza que a norma seja interpretada de forma ampla e irrestrita, cada qual exigindo esse ou aquele documento, um ou mais, com o objetivo de comprovar a qualificação técnica dos membros da equipe, como no edital sub examine, que incluiu comprovação de que o advogado membro da equipe, possua pós-graduação *strictu sensu* (mestrado ou doutorado), em “Direito Público”, que deverá ser demonstrado por meio de certidão ou diploma emitido pela instituição de ensino. Por óbvio que não.

Mister interpretar o artigo “buscando um desempenho que se revele compatível ao texto constitucional”², qual seja, o disposto no inciso XXI do art. 37.

² TCU – Acórdão n. 877/2006, Plenário.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (g.n.)

Assim, as exigências documentais não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas que venham restringir a competitividade do certame. Além disso, é dever da Administração, ao realizar procedimento licitatório, exigir documentos compatíveis com o objeto licitado e que estejam em consonância com a Lei de Licitações.

Desse modo, coaduno com o entendimento dos órgãos técnico e ministerial, no sentido de que a documentação exigida extrapolou o *numerus clausus* do art. 30 da Lei n. 8.666/93, que limita o rol de documentos de habilitação passíveis de comprovarem a capacidade técnica dos licitantes, e reputo irregular os apontamentos aqui analisados por infração ao inciso I do § 1º do art. 3º e art. 30, ambos da Lei n. 8.666/93.

Contudo, quanto à aplicação de multa aos responsáveis, entendo que a questão deve ser examinada sob o enfoque dos preceitos da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lindb, especialmente o seu art. 22³, que exige maior atenção às circunstâncias que impactam a atuação administrativa e o resultado prático da conduta dos agentes públicos.

Em julgados mais recentes, o TCU vem adotando a orientação da Lindb na avaliação das sanções a serem aplicadas aos agentes públicos. Nesse sentido, oportuno transcrever um trecho do voto preferido pela Ministra Ana Arraes:

Destarte, sopesando as dificuldades reais enfrentadas pelos ora responsáveis e amparando-me nas recentes disposições legais incorporadas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei 4.657/1942 – pela Lei 13.655/2018, em especial as do art. 22, segundo as quais as dificuldades reais do gestor devem ser consideradas na interpretação de normas sobre gestão pública (caput), e as circunstâncias práticas envoltas à ação do agente público ponderadas em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato ou contrato, entre outros instrumentos, entendo que deve ser dado provimento parcial ao presente pedido de reexame, reduzindo-se as multas aplicadas aos recorrentes. (Acórdão60/2020 – Plenário, j. 22/01/2020)

No caso em apreço, verifico que o sr. Ioannis Konstantinos Grammatikopoulos, prefeito de Muriaé, ao homologar o certame (fl. 9 do CD anexo) e assinar o contrato (fls. 3/8 do CD anexo), agiu amparado em parecer jurídico. Nesse ponto, merece destaque a manifestação do Supremo Tribunal Federal – STF sobre a emissão e vinculação da autoridade ao parecer, *verbis*:

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii)

³ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança n. 24.631. Relator: min. Joaquim Barbosa.)

Segundo entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “não parece razoável responsabilizar o ordenador de despesas se este agir amparado em um parecer jurídico ou técnico. Não há que se falar que o profissional agiu em imperícia, considerando que ele agiu baseado em fundamentação do profissional capacitado para aquela avaliação aprofundada”.

O TCU também possui acórdão sobre o tema:

O posicionamento desta Corte admite que não é pertinente a responsabilização de administrador que age sob o entendimento de parecer jurídico. Entretanto, para tal posicionamento, devem ser examinadas as circunstâncias de cada caso, para verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo nº 004.278/1998-4. Acórdão nº 2346/2005 – Primeira Câmara. Relator: ministro Valmir Campelo).

Quanto à ação da pregoeira, sra. Sueli Ribas Paulino Costa, trago à baila o entendimento do TCU no Acórdão 3213/2019 TCU – Primeira Câmara, de que os pregoeiros e membros de comissão de licitação não podem ser responsabilizados por exigências de habilitação irregulares, vejamos:

Exigências para habilitação são inerentes à etapa de planejamento da contratação, razão pela qual irregularidades apuradas nessa fase não devem ser imputadas a pregoeiro ou a membros de comissão de licitação, designados para a fase de condução do certame⁴.

Sobremais, após leitura do conteúdo em mídia anexado aos autos (Compact Disc), constatei que na coleta de preços comparativa realizada pela Administração à fl. 92 do CD anexo, o valor contratado com a empresa Carneiro e Ribeiro Advogados Associados, de R\$93.600,00, ficou abaixo da média estimada para o objeto licitado, que foi de R\$96.400,00 (fl. 84 do CD anexo), o que indica que não houve prejuízo aos cofres municipais, não ensejando assim aplicação de multa aos responsáveis, pois não foram apurados indícios de danos ou distorções na fase de contratação dos serviços licitados.

Nessa ordem de ideias, à luz do §2º do art. 22 da Lindb, atento às dificuldades que os órgãos jurisdicionados enfrentam no exercício de suas competências e, ainda, ao caráter pedagógico que, a meu ver, deve guiar as ações deste Tribunal, entendo que não deve ser aplicada multa aos ora responsáveis, pelos documentos de habilitação exigidos no subitem 6.2.9.10 do instrumento convocatório, pelas razões acima expendidas.

Oportunamente, recomendo aos atuais gestores que, nos futuros certames, exijam documentos que sejam compatíveis com o objeto licitado e que estejam em consonância com o art. 37, inciso XXI c/c art. 3º e 30, §§ 1º e 5º, ambos da Lei n. 8.666/93, para a comprovação de qualificação técnica dos licitantes.

Nesse ínterim, ressalto que a nova Lei de Licitações, publicada em 1º de abril de 2021, Lei n. 14.133/2021, trouxe uma série de inovações no âmbito das licitações públicas.

A Fase de Habilitação ganhou um capítulo próprio, o “Capítulo VI”, que já no seu início estabelece um conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação.

A nova Lei consagrou a fórmula da habilitação como fase posterior ao julgamento. Ou seja, primeiro serão avaliadas as propostas e depois os documentos de habilitação. Tudo isso para dar mais agilidade ao processo e torná-lo mais simplificado.

⁴ Saiba mais em: <<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/710161927/reforma-refo-865920192?ref=amp>>. Acesso em 25/11/2021.

Assim estabelece o art. 17 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I – preparatória;

II – de divulgação do edital de licitação;

III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – de julgamento;

V – de habilitação;

VI – recursal;

VII – de homologação.

Saliente-se, contudo, que tal regra pode ser invertida, caso haja justificativa nesse sentido, hipótese em que a habilitação será realizada antes do julgamento. Nesse caso, todos os licitantes participarão da fase de habilitação.

Assim, na nova Lei de Licitações, a regra passa a ser o julgamento antes da habilitação, enquanto a “inversão” passa a ser o contrário (julgamento após a habilitação). Logo, estabeleceu-se uma nova “lógica” ao que ocorria em relação à Lei n. 8.666/1993 e ao pregão.

Uma das novidades é em relação aos atestados de capacidade técnica, pois, segundo diretrizes da nova Lei, para fins de comprovação da qualificação técnica, só será permitido exigir dos participantes do certame atestados de capacidade técnica para as parcelas de maior relevância, e para comprovação do quantitativo com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) do valor que conste no edital, conforme previsão no § 2º do artigo 67.

4. Exigência de comprovação de atuação em tribunais específicos em detrimento de outros tribunais que exercem as mesmas competências

A denunciante afirmou que, não obstante a fixação de quantitativo mínimo para verificação da capacidade técnica, o Edital ainda determinou nos subitens 6.2.9.11 e 6.2.9.12, que essa comprovação se dê em Tribunais específicos, impondo, inclusive, jurisdição territorial específica. Somente seria admitida a comprovação perante o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o TRF da 1ª Região, bem como o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Frisou, por oportuno, que embora o Município realizador da licitação em comento se situe no Estado de Minas Gerais, a comprovação de exercício da advocacia não possui limitação territorial obrigatória, de modo que a atuação jurídica é perfeitamente admissível em qualquer dos entes da Federação e, conseqüentemente, em qualquer um dos respectivos Tribunais.

Atenta para o fato de que a comprovação de experiência profissional relacionada aos serviços a serem prestados não exige, necessariamente, que tenha sido realizada em um órgão judicial específico.

Aduziu que, indubitavelmente, a atuação em qualquer Tribunal da Justiça comum ou especializada exige, fundamentalmente, os mesmos conhecimentos, sejam de direito processual, direito material civil, trabalhista, previdenciário, administrativo, ambiental, comercial ou penal. Por isso, as exigências territoriais não se justificariam.

Dessa forma, defende que tais exigências constituem mais um critério restritivo da competitividade, cujo intuito seria tão somente vedar a participação de licitantes sediados ou que atuem em outros entes da Federação, refundando em direcionamento explícito do certame.

A unidade técnica em seu exame inicial, suscitou mais uma vez, que somente poderão ser exigidas qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações, eis que toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve respeitar os limites legais, para que se evite formalismo e requisitos desnecessários, observados os art. 37, XXI da CR/88, art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93, bem como o entendimento do TCU de que:

As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais (TCU. Acórdão n. 2297/2005 – Plenário. Processo n. 016.072/2005-10, j. em 13/12/2005. Rel. Min. Benjamin Zymler)

Dessa forma, a 1ª CFM concluiu que a exigência de que a comprovação de capacidade técnica se dê em Tribunais específicos, impondo, inclusive, jurisdição territorial, mostra-se restritiva e compromete a ampla competição no certame licitatório.

O MPC corroborou com o entendimento da unidade técnica.

De conformidade com o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93, é vedada a inclusão, no edital, de cláusulas que frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

O referido regramento tem por escopo garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

A regra descrita no art. 30, § 5º da Lei de Licitações permite exigir do licitante apenas desempenho anterior de objeto similar, vedadas quaisquer exigências que inibam a participação na licitação, *in verbis*: “§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.” (g.n.)

Como dito no item antecedente, reitero que as exigências documentais não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas que venham restringir a competitividade do certame. Além disso, é dever da Administração, ao realizar procedimento licitatório, exigir documentos compatíveis com o objeto licitado e que estejam em consonância com a Lei de Licitações.

Nesse contexto, acolho os opinativos pela procedência desse apontamento de irregularidade, mas quanto à aplicação de multa aos responsáveis, entendo, como no item anterior, que à luz do §2º do art. 22 da Lindb, atento às dificuldades que os órgãos jurisdicionados enfrentam no exercício de suas competências e, ainda, ao caráter pedagógico que, no meu entender, deve guiar as ações desta Corte de Contas, entendo que não deve ser aplicada multa aos responsáveis, pelas exigências contidas nos subitens 6.2.9.11 e 6.2.9.12 do instrumento convocatório, visto que não foram apurados indícios de danos aos cofres municipais ou distorções na fase de contratação dos serviços licitados.

Dito isso, recomendo ao atual prefeito de Muriaé, que, nas próximas licitações, limite-se a exigir os documentos elencados no art. 30 da Lei n. 8.666/93, observadas, porém, as novas exigências contidas no “Capítulo VI – Da Habilitação”, na nova Lei de Licitações, Lei 14.1333/2021.

5. Da ausência de critério de reajuste

A denunciante afirmou que o instrumento convocatório não previu critério de reajuste contratual, em clara inobservância da Lei Geral de Licitações, especificamente o seu art. 40, que impõe a obrigatoriedade da previsão de reajuste que deve retratar a variação mercadológica efetiva.

Acentuou que é ponto pacífico nos Tribunais que o reajuste é mecanismo adequado para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, sobretudo os

de execução continuada, tidos como aqueles sujeitos aos termos do art. 57 da Lei 8.666/93. E mais, que a ausência da fixação do reajuste também viola a Constituição Federal de 1988, que eleva ao status de norma constitucional o direito às condições efetivas da proposta em seu art. 37, XXI.

Por fim, ressaltou que o Edital prevê a possibilidade de repactuação, contudo, asseverou que essa não se confunde com o reajuste, posto que não se encontra sujeita à periodicidade ou qualquer critério temporal, mas tão somente a circunstâncias imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, logo houve inobservância a norma prevista no art. 40 da Lei n. 8.666/93.

A unidade técnica em sua inicial, concluiu pela procedência desta irregularidade em razão da falta de previsão do critério de reajuste que retratasse a variação efetiva do custo de produção, em ofensa à norma expressa no art. 40, XI, da Lei n. 8.666/1993.

Em defesa, os denunciados aduziram que em caso de desequilíbrio dos preços é possível a recomposição, o que demonstra que a inexistência de previsão de reajuste não gerou qualquer nulidade para a licitação/contrato.

Em seu reexame, a 1ª CFM constatou, após análise da Consulta n. 761137, de relatoria do então conselheiro Antônio Carlos Andrada, publicada na Revista deste Tribunal de Contas de MG, dos meses de janeiro/fevereiro/março 2009, sob o título “Reajuste contratual sem previsão editalícia”, que “(...) a ausência de previsão contratual quanto ao reajustamento de um contrato administrativo não pode ser oposta ao contratado como forma de engessar os valores iniciais da proposta, sob pena de quebra dos deveres advindos do princípio da boa-fé objetiva e consequente enriquecimento sem causa do Poder Público.”

Com isso, a 1ª CFM concluiu que é possível a realização de reajuste mesmo que o contrato não preveja expressamente cláusula a esse respeito, após um ano de sua vigência e, assim como alegaram os defendentes, a inexistência de previsão de reajuste não gera qualquer nulidade para a licitação/contrato, afastando, desse modo, a irregularidade apontada em seu exame inicial.

O MPC ratificou o relatório técnico conclusivo da 1ª CFM.

Sobre o tema, considerando que o reajuste é a determinação de que os preços serão reajustados de modo automático, independentemente de pleito do interessado, trago à colação os ensinamentos do professor Marçal⁵:

A revisão é procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Aprofundando os conceitos, o reajuste é consequência de uma espécie de presunção absoluta de desequilíbrio. Já a recomposição pressupõe a apuração real dos fatos e exige a comprovação acerca de todos os detalhes relacionados com a contratação e os fatos supervenientes a ela. (grifo nosso)

Isso posto, tem-se que a ausência de previsão editalícia ou contratual de cláusula de reajuste não tem o condão de afastar o direito ao reajustamento do contrato, se transcorrido a periodicidade anual determinada pela Lei n. 8.666/93, razão pela qual considero improcedente este apontamento de irregularidade.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendo pela procedência parcial da denúncia, em razão das irregularidades constatadas no Processo Licitatório n. 94/2018, Pregão Presencial n.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 395.

081/2018, promovido pela Prefeitura de Muriaé, notadamente nos itens 2, 3 e 4 desta proposta de voto, a seguir indicados:

2. Da Exigência de tempo mínimo de experiência como exigência de qualificação técnica profissional, em desacordo com o art. 30 da Lei n. 8.666/93;
3. Da exigência de qualificação acadêmica *stricto sensu*, contida no subitem 6.2.9.10 do edital, em ofensa ao art. 30 da Lei n. 8.666/93;
4. Exigência de comprovação de atuação em tribunais específicos em detrimento de outros tribunais que exercem as mesmas competências, contrariando o disposto no art. 37, XXI da CR/88 c/c o art. 30, §§1º e 5º, da Lei n. 8.666/93.

À luz do §2º do art. 22 da Lindb, atento às dificuldades que os órgãos jurisdicionados enfrentam no exercício de suas competências e, ainda, ao caráter pedagógico que, a meu ver, deve guiar as ações deste Tribunal, entendo que não deve ser aplicada multa ao prefeito de Muriaé, sr. Ioannis Konstantinos Grammatikopoulos e à pregoeira, sra. Sueli Ribas Paulino Costa, pelas exigências editalícias consideradas irregulares, eis que não foram apurados indícios de danos aos cofres municipais ou distorções na fase de contratação dos serviços licitados.

Recomendo aos atuais gestores do Município de Muriaé que, nas futuras licitações, observe as determinações contidas nesta decisão.

Após o trânsito em julgado e a adoção das medidas cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos regimentais.

* * * * *