

Processo: 1066575
Natureza: REPRESENTAÇÃO
Representante: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas
Representadas: Prefeitura Municipal de Aimorés, Prefeitura Municipal de Barão de Cocais e Prefeitura Municipal de Bom Sucesso
Responsáveis: Argemiro de Almeida Leão Neto e Marcelo Marques
Interessados: Memory Projetos e Desenvolvimento de Sistemas Ltda., representada por Joeilson Pinto Chaves, Mercury Assessoria e Consultoria Ltda. EPP, Francisco de Assis Viana, Wanderson Aparecido de Oliveira, Alaerte da Silva, Andreia Bravim Ohasi Kikuchi, Armando Verdolin Brandão, Cláudia do Carmo Martins de Barros, Cláudia Luiza Aguiar, Diego Albuquerque Monecchi, Jaderson Wembley de Andrade Carvalho, João Arlindo da Costa e Porfírio Roberto da Silva
Procuradores: Pollyana Dutra Costa Plantikow, OAB/MG 117.974; Giuliano Aguilar Teixeira, OAB/MG 82.783; Rafael de Paiva Sousa, OAB/MG 106.930; Elisângela Patrícia Alves Pires Berto, OAB/MG 76.873; Fabiano Teixeira da Silva, OAB/MG 99.534; Lucas Teixeira da Silva, OAB/MG 192.072; Luigi D'Ângelo dos Santos, OAB/MG 136.163; Felipe Marcos de Carvalho; Rafael Lopes Calito Teixeira, OAB/MG 149.468; Wantuil Pires Berto Júnior, OAB/MG 72.075; João Arlindo da Costa, OAB/MG 80.570; Diego Albuquerque Monecchi, OAB/MG 127.151
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 11/7/2023

REPRESENTAÇÃO. PREGÕES PRESENCIAIS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO. AFASTADA. REVELIA RECONHECIDA. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. RECONHECIMENTO. MÉRITO. AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO. ACRÉSCIMO IMOTIVADO DO VALOR DO CONTRATO. SUBSCRIÇÃO DO EDITAL PELO PREGOEIRO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS DE EMPRESAS. LIMITAÇÃO DE SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS POR ENDEREÇO ESPECÍFICO. EXIGÊNCIA DE REGISTRO DO *SOFTWARE* NO INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI. NECESSIDADE DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇO DE MERCADO. DISPENSA LICITATÓRIA IMOTIVADA. AUSÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA NA FASE INTERNA DO CERTAME. UTILIZAÇÃO DE ÍNDICE DE ENVIDAMENTO GENÉRICO. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. A citação postal prevista no art. 78 do Regimento Interno deste Tribunal não pressupõe que a entrega se dará em mão própria, não havendo qualquer vício no recebimento da correspondência por terceiros.
2. É considerado revel o responsável que, devidamente citado, não atende à citação do Tribunal de Contas, nos termos do art. 166, § 7º, do RITCEMG, todavia, seus efeitos devem ser considerados em face do Princípio da Verdade Material.
3. Transcorrido prazo superior a 5 (cinco) anos da data de ocorrência do fato até o recebimento da representação, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, nos termos do art. 110-E c/c arts. 110-F e 110-C, V, da Lei Orgânica deste Tribunal.

4. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração, conforme previsto no art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93.
5. A alteração contratual é medida excepcional, sendo cabível apenas nos casos determinados na legislação e desde que seja devidamente justificada.
6. Não há qualquer proibição acerca do pregoeiro subscrever o edital, de modo que as funções relatadas no art. 3º da Lei n. 10.520/02 possuem apenas o caráter exemplificativo.
7. Não se tratando de objeto de grande vulto e alta complexidade, desnecessária se faz a justificativa para a vedação de empresas em consórcio no certame, eis que já está implícita na natureza do objeto.
8. A Administração, ao limitar os meios de solicitações de esclarecimentos, impugnações e recursos, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a eles inerentes.
9. O art. 30 da Lei n. 8.666/93 descreve de forma taxativa a documentação relativa à comprovação da qualificação técnica dos licitantes, na qual não se encontra a previsão de registro no INPI.
10. Não se pode olvidar acerca do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República que prevê que é inadmissível a estipulação de exigências que não se afigurem indispensáveis à garantia da execução dos serviços objeto da licitação.
11. Quanto à capacitação técnico-profissional, esta deve ser a suficiente para demonstrar que o licitante detém conhecimentos técnicos e práticos para a execução do objeto a ser executado, não cabendo exigir mais ou menos.
12. A pesquisa de preços constitui-se como um importante instrumento à disposição da Administração, indispensável para verificar a existência de recursos orçamentários disponíveis para o pagamento da despesa e se essa se encontra em consonância com a Lei de Responsabilidade Fiscal, assim como para respalda o exame das propostas no prélio seletivo.
13. Também é possível a contratação direta, para atendimento ao interesse público, quando a situação de emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, devendo-se analisar, para fim de responsabilização, a conduta do agente público que não adotou, tempestivamente, as providências cabíveis.
14. A Administração possui a discricionariedade de definir o produto e serviços que atendam às suas necessidades, desde que, por óbvio, não especifique objeto direcionado à empresa determinada.

ACÓRDÃO

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

- I) afastar a preliminar de nulidade da citação suscitada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas;
- II) reconhecer, ainda em preliminar, a revelia dos responsáveis, Sr. Porfírio Roberto da Silva e da Sra. Cláudia Luiza Aguiar;
- III) reconhecer, em prejudicial de mérito, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva relativa ao Processo Licitatório n. 13/2014 – Tomada de Preços n. 06/2014 relativo ao Município de Barão de Cocais, com fundamento no art. 110-E c/c arts. 110-F e 110-C, V,

- da Lei Orgânica deste Tribunal, afastado-se o reconhecimento da prescrição quanto ao primeiro aditivo ao Contrato n. 03-002/2014;
- IV)** rejeitar, ainda em prejudicial de mérito, a prescrição da pretensão punitiva referente aos Pregões Presenciais n. 28/2014 e n. 29/2014, nos termos do art. 110-E c/c arts. 110-F e 110-C, V, da Lei Orgânica deste Tribunal;
- V)** julgar parcialmente procedente a presente Representação, no mérito, em razão das seguintes irregularidades apontadas:
- V.a)** Contrato n. 03-002/2014, decorrente do Processo n. 12/2014, tomada de preços n. 06/2014 deflagrado pela prefeitura municipal de Barão de Cocais:
- V.a.1)** ausência de parecer jurídico;
- V.a.2)** aumento imotivado de 25% do valor do contrato.
- V.b)** Processo n. 24/2015, pregão n. 13/2015, deflagrado pela prefeitura municipal de Aimorés:
- V.b.1)** limitação da possibilidade de apresentação de esclarecimentos e impugnações;
- V.b.2)** exigência do registro de *software* no INPI;
- V.b.3)** exigência na fase de habilitação de no mínimo um profissional administrador nos quadros da empresa participante, bem como a exigência do registro da própria empresa no Conselho Regional de Administração.
- V.c)** Processo n. 37/2017, pregão n. 21/2017, deflagrado pela prefeitura municipal de Aimorés:
- V.c.1)** ausência de pesquisa de preço de mercado e planilha de custos unitários;
- V.d)** Processo n. 43/2014, pregão n. 28/2014 deflagrado pela prefeitura municipal de Bom Sucesso:
- V.d.1)** subscrição do edital por autoridade incompetente;
- V.d.2)** exigência na fase de habilitação de apresentação de no mínimo um profissional administrador nos quadros da empresa participante, bem como do registro da empresa no Conselho Regional de Administração;
- V.e)** Processo n. 44/2014, pregão n. 029/2014, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Bom Sucesso:
- V.e.1)** ausência de parecer jurídico;
- V.e.2)** subscrição do edital por autoridade incompetente.
- VI)** aplicar multa individual aos responsáveis, nos seguintes termos:
- a)** ao Sr. Marcelo Marques, Prefeito Municipal de Aimorés à época dos fatos narrados, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), em razão da irregularidade referente à falta de pesquisa de preço e planilha de custos unitários na fase interna da licitação, relativo ao edital do processo n. 37/2017, pregão Presencial n. 21/2017;
- b)** ao Sr. Argemiro de Almeida Leão Neto, pregoeiro do Município de Aimorés à época dos acontecimentos relatados na Representação, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), em razão da irregularidade referente à falta de pesquisa de mercado de preço e planilha de custos unitários na fase interna da licitação, relativo ao edital do processo n. 37/2017, pregão Presencial n. 21/2017;
- VII)** deixar de aplicar multa, quanto aos demais itens, pelas razões expostas na fundamentação desta decisão e recomendar aos atuais gestores que, em futuros procedimentos licitatórios e contratações:

- a) façam constar na fase interna dos procedimentos licitatórios parecer ou ato da assessoria jurídica contendo o exame e os fundamentos da aprovação das minutas de editais e contratos, mormente no que se referem aos aditivos contratuais, nos termos do parágrafo único art. 38 da Lei 8.666/1993;
 - b) elaborem justificativa que seja capaz de corroborar o aumento do objeto do contrato, nos termos do art. 65, *caput*, da Lei n. 8.666/93;
 - c) deixem de incluir restrições à solicitação de esclarecimentos, impugnações e recursos, bem como esteja explícito a possibilidade de se fazerem por meio eletrônico;
 - d) não estabeleçam a exigência de registro de *software* no INPI como requisito para qualificação técnica da empresa, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e do art. 30 da Lei 8.666/93;
 - e) observem que as exigências do registro da empresa e do profissional no conselho de classe guardem pertinência com o objeto licitado em observância ao art. 30 da Lei n. 8.666/93;
 - f) editem norma que delegue a competência de subscrição do edital, quando esta ocorrer por pessoa diversa da autoridade superior;
- VIII) determinar a intimação das partes acerca da presente decisão, nos termos do art. 166, II, § 1º, inciso I, do RITCEMG;
- IX) determinar, tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres e o Conselheiro José Alves Viana.
Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 11 de julho de 2023.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 11/7/2023

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação oferecida pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, tendo como objeto as supostas irregularidades constatadas no bojo do processo licitatório nº 13/2014, tomada de preços nº 06/2014; processo licitatório nº 13/2017, dispensa licitatória nº 03/2017; processo licitatório nº 37/2017, pregão presencial nº 21/2017; processo licitatório nº 24/2015, pregão presencial nº 13/2015; processo licitatório nº 43/2014, pregão presencial nº 28/2014 e processo licitatório nº 44/2014, pregão presencial nº 29/2014, bem como seus respectivos contratos e aditivos, deflagrados pelos Municípios de Barão de Cocais, Aimorés e Bom Sucesso, que culminaram nas contratações das sociedades empresariais Mercury Assessoria e Sistemas Ltda e Memory Projetos e Desenvolvimento Ltda.

Preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 310 c/c 311 do Regimento Interno desta Corte, o então Conselheiro Presidente Mauri Torres recebeu a Representação, determinando sua autuação e distribuição (fl. 279, peça nº 14 do SGAP).

Em consonância com o termo de distribuição de fl. 280, peça nº 14 do SGAP, a Representação foi distribuída ao Conselheiro substituto Victor Meyer no dia 04/04/2019. A exordial e seus respectivos documentos constam à peça nº 13 do SGAP.

Em seguida, foi proferido despacho pelo Exmo. Conselheiro Substituto Victor Meyer, encaminhando os autos à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para elaboração de exame técnico inicial (peça nº 3 do SGAP).

Em cumprimento ao despacho retro, a unidade técnica se manifestou entendendo pela parcial procedência da Representação (peça nº 4 do SGAP).

Ato contínuo, foi determinada a citação dos Responsáveis para apresentarem defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca das irregularidades apontadas nos presentes autos (peça nº 6 do SGAP).

Em observância ao despacho acima, foram apresentadas defesas pelo Sr. Argemiro de Almeida Leão Neto, pelo Sr. Armando Verdolin Brandão, pela Sra. Cláudia do Carmo Martins de Barros, pelo Sr. Diego Albuquerque Monecchi, pelo Sr. Jaderson Wembley de Andrade Carvalho, pelo Sr. João Arlindo da Costa, pelo Sr. Marcelo Marques, pela empresa Mercury Assessoria e Consultoria Ltda, pela Sra. Andreia Bravim Ohasi Kikuchi, pelo Sr. Alaerte da Silva e pela empresa Memory Projetos e Desenvolvimento de Sistemas Ltda.

Consoante certificado à fl. 738, peça nº 16 do SGAP, a Secretaria da Segunda Câmara certificou que, embora regularmente citados, não houve manifestação da Sra. Cláudia Luiza Aguiar e do Sr. Porfírio Roberto da Silva.

Posteriormente, os autos foram encaminhados à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para reexame (peça nº 7 do SGAP).

Em análise conclusiva à peça nº 8 do SGAP, a unidade técnica entendeu pelo não acolhimento das razões de defesa apresentadas pelos defendentes quanto às irregularidades apontadas no:

- 1) Contrato Administrativo nº 03-002/2014 (Município de Barão de Cocais);
- 2) Processo Licitatório nº 13/2017 – Dispensa Licitatória nº 03/2017 (Município de Aimorés);

- 3) Processo Licitatório nº 44/2014 – Pregão Presencial nº 29/2014 (Município de Bom Sucesso);

Noutro norte, entendeu pelo acolhimento parcial das razões de defesas apresentadas pelos defendentes quanto aos apontamentos referentes ao:

- 1) Processo Licitatório nº 24/2015 – Pregão Presencial nº 13/2015 (Município de Aimorés);
- 2) Processo Licitatório nº 37/2017 – Pregão Presencial nº 21/2017 (Município de Aimorés).

Pontuou também pelo reconhecimento da revelia dos responsáveis no Processo Licitatório nº 43/2014 – Pregão Presencial nº 28/2014 (Município de Bom Sucesso).

Ao final, requereu a aplicação das sanções previstas no art. 83 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008, considerando as irregularidades identificadas nos processos licitatórios supramencionados.

Em seguida, o Coordenador da 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, manifestando concordância com a análise supra, submeteu os autos ao Conselheiro Relator.

Ato contínuo, conforme se verifica das fls. 749, peça nº 16 do SGAP, os autos foram redistribuídos para a relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli.

Considerando a decisão liminar proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG, no bojo do Mandado de Segurança 1.0000.21.096182-7/000, o Exmo. Conselheiro Substituto Telmo Passareli encaminhou os autos para análise do Ministério Público de Contas (peça nº 11 do SGAP).

Em manifestação conclusiva colacionada à peça nº 12 do SGAP, o Ministério Público de Contas suscitou preliminar de ordem pública quanto à ausência de constituição e desenvolvimento válido do processo, uma vez que, no tocante às citações do Sr. Porfirio Roberto da Silva e da Sra. Cláudia Luíza Aguiar, não teriam sido observados os pressupostos do devido processo legal.

Pugnou pelo acolhimento da prejudicial de mérito prescricional referente ao Processo Licitatório nº 13/2014 – Tomada de Preços nº 06/2014, considerando o disposto no art. 110-E da Lei Complementar nº 102/2008.

No mérito, tendo em vista o princípio da eventualidade, requereu que fosse decretada a revelia do Sr. Porfirio Roberto da Silva e da Sra. Cláudia Luíza Aguiar, nos termos do art. 79 da Lei Complementar estadual nº 102/2008.

Entendeu pela existência de irregularidades e pugnou pela aplicação de sanções pecuniárias previstas nos art. 83, inciso I, e art. 85, inciso II da Lei Complementar estadual nº 102/2008 nos seguintes termos:

- 1) Contrato Administrativo nº 03-002/2014 - responsável: Armando Verdolin Brandão, Prefeito municipal de Barão de Cocais na gestão 2014/2015 – Valor de R\$ 10.000,00 (considerando como agravante o acréscimo imotivado de 25% no valor do contrato, sem acompanhamento de justificativa administrativa adequada);
- 2) Processo Licitatório nº 24/2015 - Pregão Presencial nº 13/2015 - Responsáveis: Andreia Bravim Ohasi, Pregoeira e Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Aimorés no ano de 2015, e Diego Albuquerque Monecchi, Procurador-Geral do Município de Aimorés no ano de 2015 – Valor individual de R\$ 5.000,00;

- 3) Processo Licitatório nº 30/2017 - Pregão Presencial nº 21/2017 e Processo Licitatório nº 03/2017 - Dispensa Licitatória nº 13/2017 - Responsável: Argemiro de Almeida Leão Neto, Pregoeiro do Município de Aimorés no ano de 2017 – Valor referente aos dois processos licitatórios – R\$ 10.000,00;
- 4) Processo Licitatório nº 03/2017 - Dispensa Licitatória nº 13/2017 - Responsável: Marcelo Marques, Prefeito de Aimorés na gestão 2017 – Valor de R\$ 10.000,00 (considerando como agravante autorizar, apresentar justificativa inidônea e celebrar contrato);
- 5) Processo Licitatório nº 43/2014 - Pregão Presencial nº 28/2014 e Processo Licitatório nº 44/2014 - Pregão Presencial nº 29/2014 - Responsáveis - Cláudia do Carmo Martins de Barros, Prefeita municipal de Bom Sucesso na gestão 2014; Porfírio Roberto da Silva, Prefeito de Bom Sucesso gestão 2017; Cláudia Luíza Aguiar, Pregoeira municipal de Bom Sucesso em 2014 – Valor individual referente aos dois processos - R\$ 10.000,00.
- 6) Processo Licitatório nº 44/2014 - Pregão Presencial nº 29/2014 – Responsável - Jaderson Wembley de Andrade Carvalho, Assessor Jurídico do Município de Bom Sucesso/2014 - Valor de R\$ 5.000,00;

Nos termos do art. 131 do Regimento Interno desta Corte, o Exmo. Conselheiro Substituto Telmo Passareli se declarou suspeito para atuar no presente caso, por motivo superveniente (peça nº 20 do SGAP).

Tendo em vista a manifestação supra, a Presidência desta Corte determinou a redistribuição do feito, com fundamento no inciso XXXI do art. 19 da Lei Complementar nº 102/2008 e no art. 132 da Resolução nº 12/2008 (peça nº 21 do SGAP).

Após, os autos foram redistribuídos à minha relatoria em 11/05/2023 (peça nº 22 do SGAP).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Preliminares

II.1.1-Nulidade da citação

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas alegou a irregularidade da citação do Sr. Porfírio Roberto da Silva, Prefeito de Bom Sucesso no exercício de 2017 e da Sra. Cláudia Luíza Aguiar, Pregoeira de Bom Sucesso em 2014, por entender que não foram citados de forma válida e eficaz, uma vez que os avisos de recebimentos juntados nos autos foram assinados por terceiros.

Assim, aduziu que não foram observados os princípios da ampla defesa e contraditório, o que implicaria em nulidade absoluta, impondo, portanto, a extinção do processo sem resolução do mérito.

Pois bem.

O artigo 78 da Lei Orgânica desta Corte de Contas trata da citação e da intimação, determinando que seja observado o disposto no Regimento Interno, além de prever as formas válidas para o procedimento citatório e intimatório:

- Art. 78 – A citação e a intimação, observado o disposto no Regimento Interno, serão feitas:
- I – por servidor designado, pessoalmente;
 - II – com hora certa;

- III – por via postal ou telegráfica;
- IV – por edital;
- V – por meio eletrônico;
- VI – por fac-símile.

E o Regimento Interno do Tribunal de Contas de Minas Gerais – Resolução nº 12/2008, por sua vez, assim disciplina o evento citatório via correspondência, no § 2º do art. 166:

§ 2º As citações serão realizadas por via postal e comprovadas mediante juntada aos autos do aviso de recebimento entregue no domicílio ou residência do destinatário, contendo o nome de quem o recebeu.

Percebe-se pela leitura do dispositivo acima que a forma regimental de citação não dispõe de qualquer exigência com relação à entrega em mãos da correspondência citatória.

Não há menção à assinatura pessoal do destinatário, exige-se, apenas, que o Aviso de Recebimento seja preenchido por quem recebeu o documento, e que este seja entregue no domicílio ou residência do citando.

Nesse sentido, esta Corte de Contas já se manifestou em outras oportunidades:

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINARES. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. REJEITADA. MÉRITO. HABILITAÇÃO. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. BALANÇO PATRIMONIAL COM CONTEÚDO FALSO. FRAUDE CONTÁBIL. INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, DA ISONOMIA E DA COMPETITIVIDADE. RECURSO PROVIDO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO ESTADUAL E MUNICIPAL. **1.A citação postal prevista na Lei Orgânica do Tribunal não pressupõe que a entrega se dará em mão própria, não havendo qualquer vício no recebimento da correspondência por terceiros.** 2.A apresentação de demonstrações financeiras inidôneas, com a finalidade de comprovar qualificação econômico-financeira, fere os princípios da moralidade, da isonomia e da competitividade aplicáveis a todas as licitações públicas, possibilitando, conforme a jurisprudência do TCU, a declaração de inidoneidade da empresa para licitar e contratar com o Poder Público.3.A apresentação de informações inverídicas justifica a declaração de inidoneidade da empresa, não havendo necessidade de ser demonstrado prejuízo ao erário ou a obtenção de vantagem indevida.4.A responsabilização do agente público deve observar o disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prescreve que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. [RECURSO ORDINÁRIO n. 1107601. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 03/08/2022. Disponibilizada no DOC do dia 24/08/2022. Colegiado. PLENO] – grifos acrescidos.

Além disso, ainda de acordo com o Regimento Interno, a citação pessoal constitui medida excepcional, a qual deverá ser adotada quando a segurança ou a urgência dos atos processuais a justificarem.

Da detida análise dos autos, observo que os Avisos de Recebimento foram assinados por pessoas diversas dos responsáveis Sr. Porfírio Roberto da Silva e Cláudia Luíza Aguiar, porém foram entregues nos seus respectivos domicílios.

Pelas razões acima expostas, não vislumbro qualquer razão para desviar a aplicação da previsão regimental, que atesta a validade da citação pela via postal, ainda que o Aviso de Recebimento da correspondência citatória não seja assinado pelo destinatário, desde que tenha sido enviada no correto endereço do citando.

Tratando-se de um ato de comunicação processual formal e materialmente válido, resta incabível afastar a produção de seus efeitos.

Assim sendo, afasto a preliminar suscitada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

II.1.2 - Da revelia dos responsáveis Porfírio Roberto da Silva e Cláudia Luiza Aguiar

O Órgão Ministerial requereu, caso fosse ultrapassada a preliminar de ordem pública de citação, que fosse reconhecida a revelia do Sr. Porfírio Roberto da Silva e Cláudia Luiza Aguiar, nos termos do art. 79 da Lei Complementar estadual nº 102/2008.

Compulsando os autos, verifico que em que pese serem devidamente citados, os representados Sr. Porfírio Roberto da Silva e Sra. Cláudia Luiza Aguiar permaneceram inertes, não apresentando qualquer defesa ou esclarecimentos acerca das irregularidades a eles imputadas, conforme certidão à fl. 738 – peça nº 16 do SGAP.

Nesse sentido, o instituto da revelia encontra-se previsto no art. 79 da Lei Orgânica deste Tribunal e no art. 166, § 7º, do Regimento Interno.

Entretanto, cumpre ressaltar que apesar da revelia constatada, no âmbito deste Tribunal de Contas, seus efeitos devem ser minorados diante do Princípio da Verdade Material, conforme disposto no art. 104 do Regimento Interno do Tribunal:

No âmbito do Tribunal, além dos princípios gerais que regem o processo civil e administrativo, deverão ser observados os princípios da oficialidade e da verdade material.

Desta forma, diante da ausência de manifestação dos referidos responsáveis, bem como da citação válida e regular, considero revéis, o Sr. Porfírio Roberto da Silva e a Sra. Cláudia Luiza Aguiar.

II.3 – Prejudiciais de mérito

II.3.1 - Prescrição da pretensão punitiva referente ao Processo Licitatório nº 13/2014 – Tomada de Preços nº 06/2014 – Município de Barão de Cocais

O Ministério Público de Contas informou acerca da prescrição do Processo Licitatório nº 13/2014 – Tomada de Preços nº 06/2014 deflagrado pelo Município de Barão de Cocais, tendo em vista que as irregularidades apontadas se referem ao exercício de 2014, enquanto a autuação da presente Representação ocorreu em 04/04/2019.

Tal entendimento também foi objeto de análise pela unidade técnica, que se manifestou pelo reconhecimento da prescrição.

Inicialmente cabe analisar a pretensão punitiva deste Tribunal à luz do instituto da prescrição, matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício, nos termos do parágrafo único do art. 110-A, da Lei Orgânica deste Tribunal - Lei Complementar nº 102/2008, *in verbis*:

Art. 110-A A prescrição e a decadência são institutos de ordem pública, abrangendo as ações de fiscalização do Tribunal de Contas.

Parágrafo único. O reconhecimento da prescrição e da decadência poderá dar-se de ofício pelo relator ou mediante provocação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ou requerimento do responsável ou interessado.

A referida Lei estabelece em seu art. 110-E o prazo prescricional de cinco anos para o exercício da pretensão punitiva desta Corte de Contas, *verbis*:

Art. 110-E. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, considerando-se como termo inicial para contagem do prazo a data de ocorrência do fato.

Há previsão para que o prazo prescricional volte a correr por inteiro quando da ocorrência da primeira causa interruptiva:

Art. 110-F – A contagem do prazo a que se refere o art. 110-E voltará a correr, por inteiro:
I – quando da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição, dentre aquelas previstas nos incisos I a VI do art. 110-C;”
(...)

O art. 110-C da Lei Complementar estabelece as causas interruptivas da prescrição, quais sejam:

Art. 110-C. São causas interruptivas da prescrição:
[...]
V – despacho que receber denúncia ou representação;
[...]
VII – decisão de mérito recorrível.

Assim, à vista da legislação atual, que regulamenta o instituto da prescrição neste Tribunal, ficou estabelecido, nos termos do art. 110-E c/c arts. 110-F e 110-C, V, da Lei Orgânica deste Tribunal, alterada pela Lei Complementar nº 133/2014, que a prescrição punitiva do Tribunal de Contas ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir da data da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva. É a chamada prescrição inicial.

Verifico que o despacho que ordenou a autuação da representação data de 04/04/2019 (fl. 279 – peça nº 14 do SGAP), ou seja, todos os fatos sob análise nestes autos que sejam pretéritos a 04/04/2014 estarão prescritos.

Observa-se que, com efeito, o Processo Licitatório nº 13/2014 foi homologado em 19/03/2014 (fl. 131 – CD anexo I), sendo que a homologação e adjudicação foram publicadas no Diário Oficial do Município em 20/03/2014 (fl. 132 – CD anexo I), bem como celebrado o contrato de prestação de serviços em 21/03/2014 (fl. 142 – CD anexo I).

Inescapável, portanto, a conclusão de que deve ser declarada a prescrição da pretensão punitiva neste processo em relação ao Processo Licitatório nº 13/2014 – Tomada de Preços nº 06/2014.

Por tais considerações, acolho a preliminar suscitada para reconhecer a prescrição e julgar extinto o processo, com resolução do mérito, quanto ao Processo Licitatório nº 13/2014 – Tomada de Preços nº 06/2014, conforme art. 110-J da Lei Orgânica, arts. 88 e 379 do Regimento Interno e art. 487, II, do CPC.

No entanto, no que se refere ao primeiro aditivo ao contrato nº 03-002/2014, vislumbro que a assinatura do documento contratual ocorreu em 19/12/2014 (fl. 148 – CD anexo I). Assim, nos termos do art. 110-A a 110-F da Lei Complementar nº 102/2008, não verifico o transcurso do prazo superior a 5 anos entre a data da assinatura do termo contratual e o despacho de autuação da presente Representação, razão pela qual afasto a prescrição da pretensão punitiva quanto a este termo.

II.3.2 - Prescrição da pretensão punitiva referente aos Pregões Presenciais nº 28/2014 e nº 29/2014- Município de Bom Sucesso

A Sra. Cláudia do Carmo Martins de Barros requereu a declaração da prescrição quinquenal de todas as irregularidades referentes ao Pregão Presencial nº 28/2014 e nº 29/2019, nos termos do art. 110-E da Lei Complementar (fls. 651/655 – peça nº 16 do SGAP).

No mesmo sentido, o Sr. Jaderson Wembley de Andrade Carvalho suscitou a preliminar de prescrição quanto aos referidos objetos (fls. 656/658 – peça nº 16 do SGAP).

Conforme exposto anteriormente, o art. 110-E c/c arts. 110-F e 110-C, V, da Lei Orgânica deste Tribunal dispõe que a prescrição punitiva do Tribunal de Contas ocorre no prazo de 5 (cinco) anos, iniciando-se a contagem a partir da data da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva.

Assim, considerando que o despacho que ordenou a autuação da representação data de 04/04/2019 (fl. 279 – peça nº 14 do SGAP) e a homologação do pregão presencial nº 028/2014 se deu em 26/09/2014, sendo publicado no Diário Oficial do Município em 08/01/2015, não há que se falar em ocorrência de prescrição.

Quanto ao Pregão Presencial nº 29/2014, a homologação ocorreu em 30/09/2019, sendo publicada no Diário Oficial de Bom Sucesso em 08/01/2015, de modo que não foi alcançado pelo prazo prescricional.

Por tais considerações, rejeito as preliminares de prescrições ora levantadas e passo à análise do mérito.

II.4 – Mérito

II.4.1 – Quanto ao primeiro termo aditivo do contrato administrativo nº 03-002/2014 – Município de Barão de Cocais

II.4.1.1 – Ausência de parecer jurídico

O Ministério Público de Contas, na qualidade de representante, alegou que a ausência de parecer jurídico no procedimento administrativo viola o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei Federal nº 8.666/93, aplicável também aos termos aditivos. A fim de corroborar seu entendimento, colacionou jurisprudência do TCU, no bojo do Acórdão nº 131/2015, Acórdão nº 3.909/2008 e Acórdão nº 134/2008 – Plenário.

Em sua defesa de fls. 659/668 – peça nº 16 do SGAP, o Sr. Armando Verdolin Brandão, prefeito municipal à época dos fatos narrados, aduziu que o departamento de Licitações dentro da Prefeitura de Barão de Cocais era lotado com servidor com formação em direito e uma advogada que se dedicava exclusivamente a dar suporte à equipe do departamento na análise da legalidade dos atos praticados.

De acordo com a defesa apresentada às fls.669/686 – peça nº 16 do SGAP, a empresa Mercury Assessoria e Consultoria Ltda EPP, informou que no processo licitatório nº 13/2014, Tomada de Preços nº 06/2014, consta parecer jurídico de aprovação das minutas no instrumento convocatório e dos anexos.

Além disso, aduziu que o documento denominado “circular interna” de fls. 149/150 do CD anexo I, se traduz em requerimento e justificativa para a celebração do termo aditivo ao contrato nº 03-002/2014, não havendo que se falar em ausência de parecer ou justificativa.

A unidade técnica, em análise conclusiva, entendeu pela procedência do apontamento levantado pelo órgão ministerial, sob o fundamento de que não se comprovou a existência de parecer jurídico relativo ao termo aditivo em análise (peça nº 8 do SGAP).

Em análise conclusiva, o Órgão Ministerial requereu que fosse reconhecida a violação do art. 38, parágrafo único da Lei Federal nº 8.666/93 (peça nº 12 do SGAP).

Passo ao exame.

O art. 38, inciso VI da Lei nº 8.666/93 prevê que o processo administrativo de contratação pública deve ser instruído, entres outros documentos, com pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade.

O parágrafo único do mesmo dispositivo dispõe que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

A análise efetuada pela assessoria jurídica tem por objetivo analisar a legalidade das disposições que integram o processo administrativo de contratação pública e deve assistir a autoridade assessorada no controle da legitimidade dos atos a serem praticados, orientando a atuação do administrador.

Da referida avaliação deve resultar um parecer jurídico que possibilite à autoridade o conhecimento das variáveis necessárias para a tomada de decisão segura, evitando, ou, pelo menos, minimizando a constatação posterior de vícios que venham a comprometer o certame.

Para atender à finalidade do art. 38 da Lei de Licitações, é importante que todos os documentos que compõem o processo sejam cautelosamente examinados e que, ao final dessa análise, o parecerista indique, justificadamente, a aprovação ou não dos referidos documentos.

O TCU já se manifestou sobre a questão de pareceres jurídicos pró-forma, no seguinte sentido:

“Voto

(...)

25. Por outro lado, a partir da análise mais aprofundada dos documentos vinculados aos referidos certames, e ensejando a proposta de anulação dos procedimentos licitatórios, foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) adoção de pareceres jurídicos pró-forma; e

b) projeto de implantação das creches diferentes do aprovado pelo FNDE.

26. De fato, a utilização de pareceres jurídicos sintéticos, de apenas uma página, com conteúdo genérico, sem demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos, em especial quanto à legalidade das cláusulas editalícias, permitiu, no caso concreto, a presença de itens posteriormente impugnados, inclusive por meio da presente representação, e que foram alterados nos certames subsequentes.

27. Este Tribunal já se posicionou acerca da necessidade de os pareceres jurídicos exigidos pelo art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, integrarem a motivação dos atos administrativos, com abrangência suficiente, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame (v. g.: Acórdão 748/2011-Plenário). (TCU, Acórdão nº 1.944/2014, Rel. Min. André de Carvalho, j. em 23.07.2014)

Da análise dos autos, verifico que o parecer jurídico acostado às fls. 12 (CD Anexo I) se refere tão somente ao procedimento licitatório nº 13/2014, tomada de preços nº 06/2014, não existindo qualquer menção ao termo aditivo do contrato nº 03-002/2014. Além disso, observo que o parecer foi assinado em 11/02/2014, momento anterior ao referido termo aditivo.

Ademais, o documento denominado “circular interna” não possui qualquer análise jurídica acerca do termo aditivo, não preenchendo os requisitos mínimos necessários para ser considerado um parecer, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.666/93.

Assim, entendo que não foi sanada a irregularidade referente à ausência de parecer jurídico, motivo pelo qual entendo procedente o apontamento feito na Representação.

No entanto, reconheço que a ausência de um ato formal adequado, no caso, não resultou em prejuízo, na medida em que a própria ausência do ato formal não é causa de nenhuma das irregularidades descritas na Representação.

Lado outro, entendo ser necessário recomendar aos gestores municipais que nos próximos certames, façam constar na fase interna dos procedimentos licitatórios parecer ou ato da

assessoria jurídica contendo o exame e os fundamentos da aprovação das minutas de editais e contratos, mormente no que se referem aos aditivos contratuais, nos termos do parágrafo único art. 38 da Lei 8.666/1993.

II.4.1.2 – Acréscimo de 25% do valor do contrato sem a devida justificativa

O Ministério Público de Contas alegou a irregularidade do aumento de 25% no valor do contrato, por meio de aditivo contratual, ao argumento de que tal alteração não veio acompanhada de justificativa administrativa e tampouco especificou qual o objeto que demandou o acréscimo do valor.

Na defesa apresentada pelo Sr. Armando Verdolin Brandão, prefeito municipal à época dos fatos narrados, há a informação de que o termo aditivo que previu o aumento de 25% do contrato foi adotado em razão da escassez de recursos financeiros e queda significativa da receita, em consequência da paralisação parcial das atividades de mineração que se localizam no Município de Barão de Cocais.

Em defesa de fls. 669 – peça nº 16 do SGAP, a empresa Mercury Assessoria e Consultoria Ltda EPP alegou que a disposição contratual se refere ao art. 65, §3º da Lei 8.666/93 e que tal previsão competiu a equipe técnica da Prefeitura Municipal de Barão de Cocais, não cabendo qualquer questionamento.

Ademais, alegou que é possível verificar das notas fiscais apresentadas que o termo aditivo se prestou apenas para proceder à prorrogação do contrato, uma vez que não ocorreu acréscimo ou supressão do objeto licitado.

Em análise conclusiva, a unidade técnica entendeu que “não restou comprovada a emissão de justificativa administrativa adequada para o acréscimo realizado no contrato”.

Em exame final, o Órgão Ministerial entendeu que não restou comprovada a emissão de justificativa administrativa adequada para o acréscimo realizado no contrato (peça nº 12 do SGAP).

Pois bem.

A Lei nº 8.666/93 dispõe expressamente que os contratos poderão ser alterados, com as devidas justificativas, quando, inclusive, for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo quantitativo do objeto, vejamos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

(...)

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

Ademais, o §1º prevê que o contratado ficará obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até o limite de 25% do valor inicial do contrato, *in verbis*:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

Destarte, da análise dos dispositivos legais acima, observa-se que a alteração contratual é medida excepcional, sendo cabível apenas nos casos determinados na legislação e desde que seja devidamente justificada.

Sobre o tema, leciona Di Pietro:

(...) Mais especificamente, o artigo 65, I, estabelece a possibilidade de alteração unilateral nos seguintes casos:

Quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

2. quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos nos parágrafos do mesmo dispositivo.

A redação do dispositivo permite falar em duas modalidades de alteração unilateral: a primeira é qualitativa, porque ocorre quando há necessidade de alterar o próprio projeto ou as suas especificações; a segunda é quantitativa, porque envolve acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto.

São requisitos para a alteração unilateral:

- a) que haja adequada motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida;
- b) que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto; não se pode alterar um contrato de venda para um de permuta, ou um contrato de vigilância para um de limpeza;
- c) que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente pactuado;
- d) com relação à alteração quantitativa, ainda deve ser respeitado o limite imposto pelo § 1º do artigo 65; esse dispositivo estabelece um limite para os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, sendo de até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% para os seus acréscimos. Pelo § 2º, inciso II, do mesmo dispositivo, incluído pela Lei nº 9.648/98, nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo “as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes” (Direito administrativo- Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, pág.593).

No caso em apreço, verifico que o aditivo contratual de fls. 147/148 do CD anexo I, prevê, em sua cláusula terceira, a convenção do acréscimo de 25% do valor do contrato. A propósito:

CLÁUSULA TERCEIRA – DO VALOR

3.1 – Fica alterado a Cláusula segunda do contrato restando convencionado o acréscimo do percentual de 25% (vinte e cinco por cento).

No entanto, o documento denominado como “circular interna”, que trata do aditivo visando a prorrogação do instrumento contratual e o aumento de 25% do valor do contrato, não menciona a justificativa para o acréscimo, se limitando a dizer que a continuidade dos serviços é necessária e a prorrogação do contrato é vantajosa.

Desse modo, me alinhando ao entendimento adotado pela unidade técnica e pelo Órgão Ministerial, não vislumbro dos documentos acostados nos autos qualquer justificativa capaz de subsidiar o aumento de 25% do valor contrato, o que caracteriza ofensa ao disposto no art. 65, caput, da Lei nº 8.666/93, em flagrante violação ao princípio da legalidade.

Por outro lado, observo das notas fiscais de serviços colacionadas aos autos, de competência de 24/04/2014 até 23/06/2015, que a empresa Mercury Assessoria e Sistemas Ltda – EPP recebeu o valor de R\$ 8.000,00 pela prestação dos serviços à Prefeitura de Barão de Cocais (fls. 697/711 - peça nº 16 do SGAP), montante que corresponde ao valor inicial do contrato.

Diante desse cenário, deixo de aplicar multa aos responsáveis, porquanto não identificado prejuízo à Administração Pública, eis que não se verificou, no caso concreto, o recebimento pela empresa do aumento de 25% do objeto do contrato.

No entanto, é imperioso recomendar aos atuais gestores municipais que, em futuros certames licitatórios, elaborem justificativa que seja capaz de corroborar o aumento do valor do contrato, nos termos do art. 65, caput, da Lei nº 8.666/93.

II.4.2 Quanto ao processo nº 24/2015, Pregão presencial nº 13/2015 – Município de Aimorés

II.4.2.1 - Subscrição do edital pela pregoeira Sra. Andreia Bravim Ohasi

O Ministério Público de Contas apontou irregularidade na subscrição do edital relativo ao processo nº 24/2015, Pregão presencial nº 13/2015, por ter sido elaborado e subscrito pela pregoeira do Município, Sra. Andreia Bravim Ohasi, sem que estivesse autorizada legalmente.

A unidade técnica, em análise inicial, havia entendido pela procedência do apontamento do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, sob o fundamento de que não se encontrou, nos documentos juntados aos autos até aquele momento, a devida delegação para que a pregoeira realizasse a função de subscritora (peça nº 4 do SGAP).

Em defesa de fls. 327/331 – peça nº 14 do SGAP, a Sra. Andreia Bravim Ohasi destacou que a sua atuação estava vinculada a determinação do Prefeito, de modo que ela não poderia deixar de inserir no instrumento convocatório as cláusulas e exigências editalícias requisitadas pela autoridade superior.

Em defesa de fls. 332/336 – peça nº 14 do SGAP, o Sr. Alaerte da Silva informou que houve delegação para subscrição do edital pela pregoeira por meio do Decreto nº 089/2013.

A empresa Memory Projeto e Desenvolvimento de Sistemas Ltda, alegou às fls. 716/736 – peça nº 16 do SGAP, que o §1º do art. 40 da Lei 8.666/93 não dispõe sobre a competência da autoridade em assinar o edital ou qualquer proibição do pregoeiro de fazê-lo.

Ademais, defendeu que a legislação federal permite que o pregoeiro tenha outras funções além daquelas especificadas na norma.

Em relatório conclusivo, a unidade técnica reviu seu posicionamento tendo em vista que o Decreto Municipal nº 099/2013 prevê a delegação da competência para firmar os atos de expedição de editais de licitação ao ocupante da função de pregoeiro (peça nº 8 do SGAP).

Ao final, o Órgão Ministerial ressaltou o entendimento adotado pela unidade técnica (peça nº 12 do SGAP).

Ao exame.

O art. 40, §1º da Lei nº 8.666/93 prevê que o edital deverá ser assinado pela autoridade que o expedir, vejamos:

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:

§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

A legislação específica acerca do pregão, qual seja, Lei Federal nº 10.520/02 dispõe sobre a fase preparatória do pregão, *in verbis*:

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

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

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; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Em detida análise dos artigos supracitados, vislumbro que não há qualquer proibição acerca do pregoeiro subscrever o edital, de modo que as funções ali relatadas possuem apenas o caráter exemplificativo.

Nesse mesmo sentido, esta Corte de Contas já se manifestou:

CONSULTA - PREGÃO - CONFECÇÃO E ASSINATURA DO EDITAL PELO AGENTE PÚBLICO QUE ATUARÁ COMO PREGOEIRO - POSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL PARA QUE O PREGOEIRO ASSINE O EDITAL - AS ATRIBUIÇÕES DO PREGOEIRO INDICADAS NA LEGISLAÇÃO REGENTE SÃO EXEMPLIFICATIVAS - NO ÂMBITO DA ENTIDADE OU ÓRGÃO PROMOTOR DO PREGÃO A AUTORIDADE COMPETENTE PODE DELEGAR A ATRIBUIÇÃO DE ELABORAR EDITAIS DETERMINANDO A TITULARIDADE DESTA COMPETÊNCIA, PODENDO SER COMETIDA AO PREGOEIRO A ATRIBUIÇÃO DE ASSINAR O EDITAL DE PREGÃO. [CONSULTA n. 862137. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 11/12/2013. Disponibilizada no DOC do dia 07/03/2014. Colegiado. PLENO].

Em entendimento mais recente:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. RPPS. LICENCIAMENTO DE SOFTWARES E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. APONTAMENTOS. SUBJETIVIDADE NO PEDIDO DE DEMONSTRAÇÕES. DIVERGÊNCIA NOS PERCENTUAIS DO EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. PERCENTUAL SUPERIOR A 50% DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS OBRIGATÓRIAS. EMISSÃO RESTRITA À PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. EDITAL SUBSCRITO PELO PREGOEIRO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS E DE VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE COTAÇÃO DE PREÇOS NA FASE INTERNA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. NÃO PREVISÃO DE GARANTIAS POR RESCISÃO CONTRATUAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DO NÚMERO DE SERVIDORES A SEREM TREINADOS. PREVISÃO DO NÚMERO DE HORAS. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO EXATA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES(...). Conquanto a legislação que rege a matéria não atribua ao pregoeiro a competência de confeccionar o edital, consoante entendimento desta Corte de Contas e do Tribunal de Contas da União não há vício de competência e, nesse caso, o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo. 5. A ausência, como anexo ao edital, do orçamento estimado em planilhas, poderá ser suprida, na modalidade licitatória pregão, por meio de sua apresentação na fase interna do procedimento, conforme entendimento jurisprudencial sedimentado nesta Corte de Contas.

6. Não há obrigatoriedade legal de que o instrumento convocatório contenha previsão de garantias por rescisão contratual. 7. (...). [DENÚNCIA n. 1095541. Rel. CONS. SUBST. HAMILTON COELHO. Sessão do dia 20/09/2022. Disponibilizada no DOC do dia 13/10/2022. Colegiado. SEGUNDA CÂMARA.]

No entanto, ressalto que a controvérsia instaurada no presente caso não se trata da possibilidade de delegação ou não de assinatura do pregoeiro, eis que o próprio Ministério Público de Contas em sua manifestação exordial ressaltou que “é possível a delegação desta função ao Presidente da CPL, desde que em ato devidamente formalizado”.

Noto, portanto, que a controvérsia cinge-se a existência ou não de autorização legal para tanto.

Do cotejo apurado dos autos, percebo que foi juntado pela defesa do Sr. Alaerte da Silva, prefeito municipal à época, cópia do Decreto Municipal nº 099/2013, o qual atribuiu ao presidente da Comissão Permanente de Licitações – CPL e ao Pregoeiro competência para firmar os atos de expedição de editais de licitação. Confira-se:

Art. 1º Fica estabelecida a desconcentração administrativa do Poder Executivo Municipal de Aimorés, com as seguintes delegações de competências:

I - Fica delegado à Secretaria Municipal de Administração competência para produção de atos, controle, decisões e execuções administrativas, relativas aos processos administrativos, inclusive disciplinares e simplificados, bem como de aquisição de bens e serviços, no âmbito deste Poder.

II - Fica delegado ao presidente da Comissão Permanente de Licitações - GPL e ao Pregoeiro competência para firmar os atos de expedição de editais de licitação, no âmbito deste Poder

Parágrafo único - Não compete aos delegados o ato de assinar contratos, acordos, convênios e outros instrumentos congêneres, emitir e assinar ordem de pagamento, devendo ser observada as normas pertinentes à matéria.

Destarte, não há dúvidas de que houve a expedição de ato autorizativo para que a pregoeira pudesse subscrever os editais no Município de Aimorés no exercício de 2013.

Ademais, em consulta ao sítio da municipalidade¹, não vislumbro qualquer ato posterior ao Decreto acima que revogou a competência outorgada à pregoeira à época da assinatura do edital.

Sendo assim, constato que a Sra. Andreia Bravim Ohasi era competente para assinar o edital referente ao processo nº 24/2015, Pregão presencial nº 13/2015 e, portanto, julgo improcedente a Representação quanto a esse ponto.

II.4.2.2 – Vedação à participação de consórcios sem a devida motivação pelo administrador

Em síntese, o Ministério Público de Contas apontou como irregularidade a ausência de justificativa para a vedação da participação de consórcio de sociedades empresárias no processo licitatório, sob pena de restringir a competitividade.

A defesa do Sr. Alaerte da Silva aduziu que a formação de consórcio ocorre quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que as empresas

¹ <https://www.aimores.mg.gov.br/legislacao>

não teriam condições, isoladamente, de suprir os requisitos do edital (fls. 332/336 – peça nº14 do SGAP).

A empresa Memory Projeto e Desenvolvimento de Sistemas Ltda pontuou em sua defesa de fls. 716/736 – peça nº 16 do SGAP que a vedação de participação de consórcio em procedimento licitatório é regra.

Em análise colacionada à peça 4 do SGAP, a 2ª CFM concluiu pela improcedência da Representação do Ministério Público de Contas, visto que não há obrigação de motivação expressa para a proibição de participação de consórcios em licitações.

Pois bem, na esteira das decisões desta Corte, venho proferindo votos no sentido de que, nas hipóteses de licitações de grande vulto e maior complexidade do objeto, quando a vedação puder prejudicar a ampla participação e comprometer a competitividade do certame, ocorrendo à vedação, essa deverá estar devidamente justificada no processo administrativo. Isso porque a permissão à participação de empresas reunidas em consórcio só se justifica nas hipóteses em que seja necessário à garantia da competitividade, quando individualmente não são capazes de prestar os serviços ou fornecer o bem, ou, ainda, quando necessitam reunir experiência técnica, o que não se verifica no caso em tela.

Corroborando esse entendimento a decisão proferida pelo Tribunal Pleno, em 03/08/2016, nos autos do Recurso Ordinário nº 952058, da Relatoria do Conselheiro José Alves Viana, em que o nobre Conselheiro pronunciou no seguinte sentido:

(...) nego provimento ao recurso, tendo em vista que a licitação em exame não é de grande vulto e alta complexidade, e, portanto, a participação de empresas reunidas em consórcio não seria cabível, razão pela qual entendo que a motivação para a vedação está implícita na natureza do objeto.

E, quanto ao objeto da aquisição em tela verifico que esse não possui nenhuma complexidade que leve à necessidade de reunião de empresas para fornecê-lo, ou somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas, ao contrário. Tampouco se poderia cogitar da necessidade de justificativa para a sua vedação, pois essa se encontra expressa na própria natureza do objeto, eximindo o gestor de apresentar motivação para a proibição de consórcio de empresas.

Sobre o exposto acima, é pertinente citar decisão da Segunda Câmara nos autos da Denúncia nº 1058586, senão vejamos:

[...] Analisando o disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/1993, é possível depreender que a participação de empresas em consórcios está, de fato, na margem de discricionariedade do administrador, devendo ser avaliada, em cada caso, a conveniência e a oportunidade em ampliar a competição do certame por meio da participação de consórcios. É de se ressaltar que a vedação ou permissão de participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade.

Cito também trecho de decisão da Primeira nos autos da Denúncia nº 958244, nos seguintes termos:

Em determinadas circunstâncias de mercado, ou em licitações com objeto complexo, que envolvem custos vultosos, as coligações empresariais podem fomentar a competitividade, permitindo a participação de empresas que, isoladamente, não teriam condições de concorrer de forma competitiva.

Noutro ponto, permitir a participação de consórcios de empresas no presente caso, de baixa complexidade, poderia reduzir o universo da disputa com a reunião de empresas que competiriam entre si.

Desse modo, a possibilidade ou o impedimento de participação de consórcio de empresas em processo licitatório deve ser baseado na natureza e na complexidade do objeto, na ampliação da competitividade, na vultuosidade dos custos envolvidos e nas circunstâncias de mercado, entre outros aspectos relevantes.

Por todo o exposto, resta reconhecer a improcedência do apontamento em tela.

II.4.2.3 – Limitação das possibilidades de solicitação de esclarecimentos e impugnação por meio de endereço específico

O Representante alegou que o edital limitou as possibilidades de solicitação de esclarecimentos, uma vez que permitiu apenas que a faça por meio de protocolo enviado para endereço específico constante no instrumento convocatório.

Ainda, afirmou que o procedimento de apresentação de documentos para impugnações e recursos é um dos meios mais importantes para o controle de legalidade do procedimento e desse modo, deve ser proporcionado pelo maior número de meios possíveis.

Em análise inicial, a unidade técnica entendeu que o rito delimitado pela Lei nº 8.666/93 busca pautar somente os casos de impugnação do edital e não a simples solicitação de esclarecimentos. Assim, a restrição da solicitação de esclarecimentos fere o acesso às informações do procedimento licitatório (peça nº 4 do SGAP).

Em manifestação de fls. 327/331 – peça nº 14 do SGAP, a Sra. Andreia Bravim informou que quaisquer dúvidas referentes ao instrumento convocatório poderiam ser objeto de consulta à pregoeira, por meio telefônico ou por e-mail, o que comprova que não houve limitação de solicitação de esclarecimentos acerca da licitação.

Por sua vez, o Sr. Alaerte da Silva pontuou às fls. 332/336 – peça nº 14 do SGAP que da redação cláusula 3.1 do instrumento convocatório não se pode interpretar a exclusividade no meio de aquisição de informações, mormente por considerar que apenas se transcreveu o texto legal do art. 41, §1º da Lei. 8.666/93.

No mesmo sentido, o Sr. Diego Albuquerque Monecchi alegou às fls. 340/349 – peça nº 14 do SGAP que a cláusula 3.1 transcreve a redação legal. Além disso, informou que era disponibilizado a qualquer cidadão interessado todos os documentos solicitados mediante contato telefônico, e-mail e retirada na própria sala de licitação, inexistindo limitação de meios de acesso à informação.

Em defesa apresentada às fls. 716/735 – peça nº 16 do SGAP, a empresa Memory Projeto e Desenvolvimento de Sistemas Ltda informou que tal limitação diz respeito a atos e decisões administrativas que fogem da sua alçada.

Em exame final, a unidade técnica se manifestou sobre as alegações da defesa e aduziu que a cláusula 19.12 reforça o apontamento do *Parquet*, sob o fundamento de que as dúvidas acerca do edital deveriam ser realizadas por escrito, enquanto apenas as outras informações poderiam ter o procedimento mais simples (peça nº 8 do SGAP).

O Órgão Ministerial reiterou as considerações feitas pela unidade técnica (peça nº 12 do SGAP).

Debruçando-me sobre o cenário aqui apreciado, verifico que da análise da cláusula 3.1 do edital consta a exigência de que os esclarecimentos e impugnações sejam protocolizados em endereço específico fornecido pela Administração, senão vejamos:

3.1 – qualquer cidadão poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do presente pregão, protocolizando o pedido até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas, no endereço discriminado no preâmbulo deste Edital, cabendo ao Pregoeiro decidir sobre a petição no prazo de 03 (três) dias úteis.

Com efeito, há irregularidade no sentido de não haver previsão no edital de outras formas de pedido de esclarecimentos e impugnações, senão o protocolo de documentação por endereço específico, o que vai de encontro à jurisprudência consolidada desta Corte.

Em caso análogo, já manifestei anteriormente:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE UNIFORMES ESCOLARES. PRELIMINAR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO MÉRITO. IRREGULARIDADES. RESTRIÇÃO AOS MEIOS PARA INTERPOSIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO E RECURSOS. EXIGÊNCIA DE LAUDOS TÉCNICOS DE QUALIDADE E AMOSTRA. PRORROGAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS POR PERÍODO SUPERIOR A 12 MESES. REPACTUAÇÃO. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. A primazia do mérito é princípio normativo inserido no novo Código de Processo Civil e de aplicação supletiva ao processo de contas, tendo em vista que a decisão que não resolve o mérito é excepcional.

2. A Administração ao limitar os meios de impugnação ao edital e recursos, excluindo a possibilidade do envio por e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. [...] (Denúncia nº 1088806. Segunda Câmara, julgada em 23/06/2022. Relator Conselheiro Wanderley Ávila) – grifos acrescidos.

Resta configurado, portanto, a irregularidade no presente item.

Noutro giro, vislumbro do instrumento convocatório a cláusula 19.12, a qual consta expressamente a possibilidade de que eventuais dúvidas sejam sanadas por meio de consulta à pregoeira ou, ainda, via contato telefônico e contato via endereço de e-mail, a propósito:

19.12 – Quaisquer dúvidas porventura existentes sobre o disposto no presente Edital deverão ser objeto de consulta, por escrito, à Pregoeiro na Prefeitura Municipal, no endereço: Avenida Raul Soares, 310, Centro, em Aimorés- MG, CEP: 35200-000, até 05 (cinco) dias anteriores à data de abertura da licitação. Demais informações poderão ser obtidas pelos telefones 3267-1932, ou, ainda, através do e-mail: licitacao@aimores.mg.gov.br (pág. 68, CD anexo II).

Nesse sentido, reconheço que a previsão de solicitação de esclarecimentos e impugnação por meio de endereço específico, no caso, não implicou em prejuízo ou restritividade do certame, mormente por considerar a disposição da cláusula acima.

Portanto, deixo de aplicar multa aos responsáveis e recomendo, aos gestores municipais que, em futuros certames licitatórios, deixem de incluir restrições à solicitação de esclarecimentos, impugnações e recursos.

II.4.2.4 –Necessidade do registro de *software* no INPI

O Ministério Público de Contas alegou que o edital prescreveu como parte da qualificação técnica da empresa, a necessidade do registro de software no INPI, bem como exigiu a comprovação de sua propriedade, disponibilidade ou localização prévia dos sistemas de informação, e que a referida disposição restringiria a competitividade do certame.

Em análise sumária, a unidade técnica entendeu que a cláusula que dispõe sobre o registro de software no INPI excede os limites impostos no art. 30 da Lei nº 8.666/93, entendendo pela procedência do apontamento feito pelo Órgão Ministerial (peça nº 4 do SGAP).

Por sua vez, a Pregoeira Andréia Bravim Ohasi defendeu às fls. 327/331 – peça nº 14 do SGAP que o registro de software no INPI é fundamental para comprovar a autoria de seu desenvolvimento, porquanto é necessário evitar a concorrência desleal.

Na mesma linha de pensamento, o Sr. Alaerte da Silva (fls. 332/336 – peça nº 14 do SGAP) afirmou que a referida previsão editalícia busca resguardar os interesses da Administração Pública. Além disso, pontuou que não há caráter restritivo da cláusula, considerando que a empresa licitante poderia optar por apresentar registro no INPI ou qualquer documento que lhe assegurasse o direito de exploração do software.

O Sr. Diego Albuquerque Monecchi aduziu que o registro no INPI garante domínio da licitante sobre o software, possibilitando-a comercializar e estar apta a prestar os serviços a ele inerentes, resguardando, portanto, a Administração Pública. Ademais, citou diversas empresas que atuam no ramo tecnológico e que possuem registro no INPI, a fim de descaracterizar qualquer possível direcionamento da licitação (fls. 340/349 – peça nº 14).

Por fim, a empresa Memory Projetos e Desenvolvimento de Sistemas Ltda alegou que não possui condições de avaliar os motivos que proporcionaram a equipe de licitação a inserir a necessidade de registro no INPI como cláusula no edital. No entanto, ressaltou que o mencionado registro é fundamental para evitar casos de concorrência desleal, o que garante maior segurança jurídica à Administração Pública (fls. 716/735 – peça nº 16 do SGAP).

Em parecer conclusivo, a unidade técnica ratificou suas razões anteriormente expostas e entendeu pela irregularidade quanto a este item (peça nº 8 do SGAP).

No mesmo sentido foi a manifestação final do Órgão Ministerial (peça nº 12 do SGAP).

Passo ao exame.

O art. 30 da Lei nº 8.666/93 dispõe expressamente acerca da documentação relativa à qualificação técnica, senão vejamos:

Art. 30 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.

Ainda da análise do mesmo artigo, observa-se do §6º do artigo que são vedadas as exigências de propriedade:

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

No caso dos autos, observo que a cláusula 8.4.2 do edital exige o registro junto ao INPI para fins de comprovação da propriedade dos softwares ou outro documento que possa comprovar que o licitante possui direito real sobre os softwares:

8.4.2 – Registro junto ao INPI comprovando a propriedade dos softwares, ou outro documento, expedido por órgão oficial, comprovando que o licitante possui direito real sobre os softwares, em especial para locação dos mesmos.

Esta questão foi tratada no processo de Denúncia nº 1.084.359, Rel. Cons. Substituto Licurgo Mourão, em sessão do dia 06/03/2020, oportunidade na qual se entendeu que a exigência do registro de software no INPI restringe indevidamente a competitividade do certame. Vejamos:

DENÚNCIA. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE SISTEMAS INFORMATIZADOS DE GESTÃO PÚBLICA. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE QUE OFERTAVA SOFTWARE DE PROPRIEDADE DE OUTRA EMPRESA. CLÁUSULA QUE NÃO CONSTAVA NO EDITAL. INDISPENSABILIDADE DA EXIGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. REQUISITOS DA FUMAÇA DO BOM DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA PRESENTES. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. A exigência do registro do software no INPI, como única forma prevista no edital para os direitos autorais serem resguardados, restringe indevidamente a competitividade do certame, por excluir as empresas que, embora não sejam titulares da propriedade intelectual e autoral, possuem o direito de exploração econômica do software. [DENÚNCIA n. 1084359. Rel. CONS. SUBST. LICURGO MOURÃO. Sessão do dia 11/02/2020. Disponibilizada no DOC do dia 06/03/2020. Colegiado. SEGUNDA CÂMARA.]

No mesmo sentido, esta Corte se manifestou pela irregularidade da exigência do registro no INPI no bojo do Recurso Ordinário nº 951614:

RECURSO ORDINÁRIO EM FACE DE DECISÃO EM DENÚNCIA. PROCESSO LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO DE SOFTWARE. COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE POR MEIO DO REGISTRO NO INPI. IRREGULARIDADE MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. As exigências previstas no edital de licitação devem observar o disposto na legislação pertinente ao objeto licitado, sob pena de violação dos princípios e das regras que disciplinam as disputas públicas. 2. É legítima a fixação de penalidades pelo descumprimento dos preceitos insculpidos na legislação pátria, independentemente da existência de má-fé ou de dano ao erário. [RECURSO ORDINÁRIO n. 951614. Rel. CONS. GILBERTO DINIZ. Sessão do dia 08/11/2017. Disponibilizada no DOC do dia 27/11/2017. Colegiado. PLENO.]

Na mesma linha de raciocínio é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. BENS DE INFORMÁTICA. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÕES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS NO CASO CONCRETO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. 1 - A exigência de certificações técnicas não pode ser empregada como critério de habilitação em licitação. 2 - Exigências de certificação ISO e de registro no INPI (processo produtivo básico), quando necessárias, somente devem ser estipuladas como critério classificatório. 3 - **A exigência de registro no INPI (processo produtivo básico) para participação em licitação de produtos comuns de informática ofende o princípio da ampla concorrência.** 4 - A participação em pregões para fornecimento de bens e serviços comuns de informática é franqueada a qualquer interessado, independentemente de desenvolver bens e produtos com tecnologia nacional e de cumprir o processo produtivo básico definido pela Lei 8.387/1991 – grifos acrescidos.

Assim, não há dúvidas de que o art. 30 da Lei nº 8.666/93 descreve de forma taxativa a documentação relativa à comprovação da qualificação técnica dos licitantes, na qual não se encontra a previsão de registro no INPI.

Neste sentido, percebe-se claramente que tal exigência extrapola as previsões contidas no artigo.

Por fim, não se pode olvidar acerca do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República que prevê que é inadmissível a estipulação de exigências que não se afigurem indispensáveis à garantia da execução dos serviços objeto da licitação.

Diante de tais considerações, entendo pela procedência da Representação quanto a este ponto.

Em que pese a irregularidade constatada, reitero que a aplicação de multas por este Tribunal exige a observância aos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, o qual dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

No presente caso, verifico em análise à documentação juntada aos autos, não ser possível aferir que o requisito estipulado trouxe prejuízos concretos à competitividade, capaz de justificar a responsabilização do agente público.

Assim, deixo de aplicar multa aos responsáveis e recomendo aos gestores municipais que, em futuros procedimentos licitatórios, não estabeleça a necessidade de registro de software no IPI como requisito para qualificação técnica da empresa, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e do art. 30 da Lei 8.666/93.

II.4.2.5 – Previsão de apresentação na fase de habilitação de no mínimo um profissional administrador nos quadros da empresa participante e exigência de registro da empresa no Conselho Regional de Administração

Em sua peça inaugural, o Ministério Público de Contas alegou que a previsão de contratação na fase de habilitação de no mínimo um profissional administrador nos quadros da empresa participante, assim como o registro da empresa licitante no Conselho Regional de Administração (CRA) violam o princípio da legalidade e restringem a participação no certame.

A unidade técnica em exame preliminar entendeu pela procedência do apontamento, ao passo que o registro de profissional não guarda correspondência com o objeto do certame (peça nº 4 do SGAP).

Em defesa, a Pregoeira Andréia Bravim Ohasi alegou que a cláusula 8.4.2 do instrumento convocatório, que versa sobre a inscrição no Conselho Regional da Administração, trata-se de exigência determinada pelo Prefeito e pelo Secretário Municipal da Administração. Ainda, ressaltou que a inclusão de tal norma editalícia não possuiu o condão de limitar a participação de qualquer interessado no certame e tampouco direcionar a licitação à empresa contratada (fls. 327/331 – peça nº 14 do SGAP).

O Sr. Diego Albuquerque Monecchi discorreu sobre a legalidade da inserção da cláusula, ao entender que a exigência do registro da licitante no Conselho Regional de Administração seria razoável por estar ligada a atividade profissional do administrador (fls. 340/349 – peça nº 14).

A empresa Memory Projeto e Desenvolvimento de Sistemas Ltda se limitou a dizer que a exigência foi incluída pela equipe do edital de licitação, de modo que não está sujeita a eventual responsabilidade pela inserção da cláusula (fls. 716/735 – peça nº 16 do SGAP).

O Ministério Público de Contas ratificou suas alegações iniciais.

Pois bem.

Consoante relatado anteriormente, o art. 30 da Lei nº 8.666/93 prevê, para fins de habilitação jurídica, os documentos necessários para a qualificação técnica.

Dentre os documentos mencionados, há a disposição do registro na entidade profissional competente e a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

No caso dos autos, verifica-se que as cláusulas 8.4.2 e 8.4.3 do edital dispõem acerca da exigência da certidão de registro ou inscrição no Conselho Regional de Administração da empresa, assim como a certidão da comprovação que a empresa possui em seu quadro, no mínimo, um profissional com formação em Administração também habilitado no referido Conselho. Veja-se:

8.4.2 – Certidão de registro ou inscrição no Conselho Regional de Administração – CRA da empresa, relativa ao exercício de 2015.

8.4.3 – Comprovação que a empresa dispõe em seu quadro, mínimo de um profissional com formação em Administração de Empresas legalmente habilitado e devidamente registrado junto ao Conselho regional de Administração – CRA, que será o responsável técnico pelo andamento dos serviços.

Sobre as normas editalícias acima, a unidade técnica assim se manifestou:

Em que pese o inciso I do art. 30 da Lei 8.666/93 permitir a exigência, para comprovação de qualificação técnica, de “registro ou inscrição na entidade profissional competente”, há que se analisar se tal registro profissional guarda correspondência com o objeto do certame.

Nesse sentido, à fl. 12, o representante aduz que tais previsões “limitam a participação, na medida que o próprio objeto não se trata de atividade típica de administração, mas de conversão e disponibilização de sistema de informação” (grifos nossos). Ilustrando seu raciocínio, o representante colaciona a seguinte jurisprudência, à fl. 12:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA. MOTORISTAS DE AMBULÂNCIAS, ÔNIBUS E MICRO-ÔNIBUS. EXIGÊNCIA DE QUE O LICITANTE COMPROVE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO (CRA). IRREGULARIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. As sociedades empresárias que fornecem mão de obra, sem que sua atividade básica seja típica de administração, não estão obrigadas a se registrarem no Conselho Regional de Administração - CRA, conforme entendimento jurisprudencial majoritário hoje prevalecente. (Denúncia 1040605, 2ª Câmara, Relator Conselheiro Gilberto Diniz, data do julgamento: 07/06/2018, data da publicação 05/07/2018) Ainda, o Parquet apresenta como precedentes na mesma linha a Denúncia 969672 (2ª Câmara) e a Denúncia 969651 (2ª Câmara).

De acordo com o item 1.1 do edital do certame em análise (fl. 123 do CD no Anexo 2), seu objeto consiste em serviços especializados em sistemas informatizados e de bancos de dados, nos termos: 1.1 - Contratar empresa especializada em Concessão de Direito de Uso de Sistemas Informatizados, Conversões das Bases de Dados dos setores de Tesouraria, Contabilidade, Tributação, Patrimônio, Recursos Humanos (incluindo folha de pagamento), Almoxarifado, Controle de Frotas, Controle Interno, Protocolo, Compras e Licitações (com pregão presencial), Atendimento ao Cidadão (web), Nota Fiscal Eletrônica, com assistência técnica remota para a Prefeitura Municipal de Aimorés. (Grifos nossos)

Portanto, à luz do apresentado, conclui-se que, por não haver pertinência temática que atribua a exclusividade da execução do objeto do certame a profissionais da área de Administração, procede a alegação do Parquet quanto à ilegalidade da exigência de registro no Conselho Regional de Administração.

Assim, quanto à capacitação técnico-profissional, esta deve ser a suficiente para demonstrar que o licitante detém conhecimentos técnicos e práticos para a execução do objeto a ser executado, não cabendo exigir mais ou menos.

Dessa forma, alinhando-me ao entendimento da unidade técnica, observo que a contratação do objeto dos autos não exige a necessidade de a empresa ser registrada no Conselho Regional da Administração e tampouco que possua funcionário que também esteja inscrito no referido Conselho, uma vez que o objeto a ser executado, isto é, serviço especializado em sistemas informatizados, não se trata de atividade básica de Administração.

Além disso, tal exigência deveria vir acompanhada no edital da respectiva justificativa, o que não ocorreu *in casu*.

No mesmo sentido, esta Corte de Contas se pronunciou:

DENÚNCIAS. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇO DE MÃO DE OBRA ESPECIALIZADA (MERENDEIRA). IRREGULARIDADES. EXIGÊNCIA DE REGISTRO NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO ; CRA. AUSÊNCIA DO CRITÉRIO DE REAJUSTE/REPACTUAÇÃO DE PREÇOS. APLICAÇÃO DE MULTA. INSUFICIÊNCIA DA PESQUISA DE PREÇOS. RECOMENDAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. **1. A exigência de registro da empresa licitante junto ao Conselho Regional de Administração CRA deverá guardar pertinência com o objeto licitado, ou seja, quando a atividade fim das empresas esteja diretamente relacionada à da figura do administrador.** 2. É indispensável que se faça, na fase interna da licitação, cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado, conforme previsão no art. 43, IV, da Lei n. 8.666/93 e no art. 3º, I e III, da Lei n. 10.520/02. 3. Em observância ao disposto no art. 40, inciso XI e art. 55, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, é obrigatório a inserção, no edital e na minuta do contrato, das cláusulas que disponham sobre critérios de reajuste e repactuação. [DENÚNCIA n. 1084546. Rel. CONS. SEBASTIÃO HELVECIO. Sessão do dia 06/05/2021. Disponibilizada no DOC do dia 14/06/2021. Colegiado. SEGUNDA CÂMARA. – grifos acrescidos.

DENÚNCIA. CÂMARA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA. PRELIMINARES. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. AFASTAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ACOLHIMENTO. MÉRITO. EXIGÊNCIA INJUSTIFICADA DE REGISTRO OU INSCRIÇÃO DA EMPRESA E DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA NO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. DETERMINAÇÃO NÃO CONDIZENTE COM A ATIVIDADE BÁSICA DO OBJETO. CONDIÇÃO RESTRITIVA AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. RECOMENDAÇÃO. 1. O fato de a empresa cuja denunciante ser sócia, ter participado do certame e ter apresentado declaração de aceitação às condições e termos estabelecidos no edital e anexos, não exclui seu legítimo direito de denunciar quaisquer das cláusulas ou disposições do edital perante este Tribunal, nos termos do art. 82 da Constituição Estadual. 2. Acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva arguida, com a consequente exclusão do responsável do polo passivo do feito, quando ausente nexo de causalidade entre a sua conduta e as irregularidades em exame praticadas nos autos. 3. **As atividades relacionadas à prestação de serviços de limpeza e conservação não são consideradas como básicas da administração de empresas, motivo pelo qual não se justifica a exigência de inscrição das empresas licitantes no Conselho Regional de Administração CRA.** 4. A exigência, no instrumento convocatório, de que o atestado de capacidade técnico-operacional seja registrado no Conselho Regional de Administração CRA restringe indevidamente a competitividade do certame, em afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993, bem como não encontra amparo no art. 30, § 1º, I, do referido diploma legal, quando a atividade básica do objeto da licitação não atrair a

competência da referida entidade de fiscalização do exercício profissional. [DENÚNCIA n. 1101657. Rel. CONS. EM EXERC. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 07/04/2022. Disponibilizada no DOC do dia 20/04/2022. Colegiado. SEGUNDA CÂMARA.] – grifos acrescidos.

Por todo o exposto, considero irregular o presente item.

Por outro lado, não vislumbro no caso dos autos a existência de erro grosseiro capaz de atrair a aplicação do art. 28 da LINDB, tendo em vista que não é possível verificar a existência de prejuízo concreto no certame, razão pela qual deixo de aplicar multa aos responsáveis.

Logo, recomendo aos gestores municipais que, nos próximos procedimentos licitatórios observem que as exigências do registro da empresa e do profissional no conselho de classe, deverão guardar pertinência com o objeto licitado em observância ao art. 30 da Lei nº 8.666/93.

II.4.3 – Processo nº 37/2017, Pregão presencial nº 21/2017 – Município de Aimorés

II.4.3.1 – Ausência de planilha de estimativa de preços e deficiência em pesquisa de preços de mercado

O Ministério Público junto a esta Corte de Contas, como Representante, alegou a existência de irregularidade na fase interna do certame, na cotação dos preços de mercado para adoção do preço médio do serviço que viria a ser licitado.

Informou ainda que apenas duas empresas tiveram suas cotações juntadas ao procedimento licitatório, o que seria um fator impeditivo para uma melhor definição do preço médio do certame.

A unidade técnica discorreu sobre o tema, entendendo que, nos termos da jurisprudência do TCU, para que se realize um levantamento de preços praticados no mercado, é indispensável uma quantidade mínima de 3 (três) de cotações (peça nº 4 do SGAP).

Em defesa, o Sr. Marcelo Marques (fls.384/399 – peça nº 15 do SGAP) e o Sr. Argemiro Almeida Leão Neto (fls. 516/531 – peça nº 15 do SGAP) alegaram que, em conformidade com a jurisprudência atual dos órgãos de controle externo, a Administração Pública não se pautou exclusivamente nas duas cotações juntadas aos autos, mas também tomou por base os contratos administrativos informados por outros Municípios, cujo objeto é similar.

Além disso, informou que a Administração Municipal encaminhou solicitação para três empresas distintas, a fim de obter orçamentos distintos, mas que apenas duas delas retornaram.

Pontuou que ao processo de Licitação foi dada ampla divulgação, com o objetivo de alcançar o máximo de interessados, visando atender os princípios da publicidade, ampla concorrência e economicidade.

Em exame final, a unidade técnica ratificou seu posicionamento, por entender que não se verificaram fatos ou argumentos capazes de refutar a irregularidade apontada pelo Órgão Ministerial (peça nº 8 do SGAP).

Também nessa linha de raciocínio foi a manifestação final do Órgão Ministerial (peça nº 12 do SGAP).

Pois bem.

A ampla pesquisa de preços é procedimento obrigatório e prévio à realização de procedimentos licitatórios, pois, além de ser a base para verificação da existência de recursos orçamentários suficientes para pagamento de tais despesas, é o balizador objetivo para o julgamento das ofertas apresentadas e o primeiro procedimento de proteção ao erário público.

O que os agentes deveriam desenvolver é uma “análise de mercado”, uma verdadeira investigação das condições mercadológicas a respeito do objeto que se pretende colocar em disputa.

A pesquisa deve obter dados de contratações recentes do próprio órgão promotor da licitação e também de licitações e contratos de outros órgãos públicos; de tabelas oficiais ou publicações especializadas; consultas realizadas em balcão ou por meio telefônico; e, na internet.

Trata-se, portanto, de ponto essencial na realização do procedimento licitatório, devendo o ente responsável cercar-se das cautelas necessárias para que sua elaboração seja a mais detalhada, completa e próxima possível da realidade do mercado.

A Lei de Licitações não traz previsão de quantos orçamentos devem compor a pesquisa de preços. Todavia, pela praxe administrativa acatada pelos órgãos de controle, admite-se o mínimo de três preços.

Essa posição, aliás, é pacífica na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consoante se vislumbra do Acórdão nº 2531/2011, do qual transcrevo excerto:

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

Aponto, ainda, que o TCU tem entendido, a fim de melhor refletir a realidade do mercado, que a obtenção de um mínimo de orçamentos junto a potenciais fornecedores não seria suficiente, sendo certo que os gestores devem buscar em diversas fontes, como banco de dados de compras públicas, para melhor avaliar as propostas. Neste sentido o acórdão nº 1548/2018 do Plenário do TCU, cujo fundamento transcrevo:

27. Quanto à jurisprudência sobre a pesquisa mercadológica, cita-se, para resumir o posicionamento do TCU, o Acórdão 2.787/2017-TCU-Plenário (Relator: Ministro Augusto Sherman), o qual dispõe que a pesquisa de preços para elaboração do orçamento estimativo da licitação não deve se restringir a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, devendo ser utilizadas outras fontes como parâmetro, a exemplo de contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados e portais oficiais de referência de custos. Em adendo o Acórdão 3.684/2014-TCU-2ª Câmara (Relatora: Ministra Ana Arraes) inclui, dentre os parâmetros a serem considerados, os contratos anteriores do próprio órgão.

Destarte, a pesquisa de preços constitui-se como um importante instrumento à disposição da Administração, indispensável para verificar a existência de recursos orçamentários disponíveis para o pagamento da despesa e se essa se encontra em consonância com a Lei de Responsabilidade Fiscal, assim como para respalda o exame das propostas no prélio seletivo.

O procedimento adotado pelos administradores precisa acompanhar as mudanças interpretativas, que, a meu ver, tem como finalidade salvaguardar o interesse público mediante a diversificação das fontes de informações coletadas, de forma avaliar a vantajosidade das propostas.

No caso dos autos, verifico que foram colacionados no procedimento licitatório apenas as cotações relativas às empresas Memory Projetos e Desenvolvimento de Sistemas Ltda e HLH – Assessoria e Consultoria Ltda.

Assim, além de não constar com no mínimo três cotações, não é possível verificar, por meio dos documentos supracitados, que a pesquisa de mercado tomou como base as demais

contratações públicas, os sistemas referenciais de preços, os sítios especializados e contratos anteriores do próprio órgão.

Nesse sentido, os próprios Representados admitiram à fl. 572 – peça nº 15 do SGAP que “ de fato não constam nos autos do processo de licitação nº 037/2017 os contratos administrativos informados por outros Municípios cujo objeto é similar e constam no site do TCEMG e as cotações de preço constantes do Processo de Licitação nº 024/2015”.

Assim, não há como acolher as argumentações das defesas apresentadas se não há elementos juntados nos autos que são capazes de corroborá-las.

Diante do exposto, julgo irregular a deficiência na pesquisa de mercado, em desacordo com o disposto no art. 3º da Lei nº 8666/93.

Ademais, a Lei n.º 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao Pregão dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade da existência de orçamento detalhado em planilhas, *in verbis*:

Art. 7º (...)

§ 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;

(...)

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

No presente caso, não consta o orçamento detalhado em planilhas, em descumprimento ao art. 7º, §2º, inciso II, da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, após a promulgação da Lei nº 13.655/2018, devem-se considerar os parâmetros estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB para fins de responsabilização e penalização de agentes públicos no âmbito dos processos de controle.

Nos termos dos arts. 22 e 28 da LINDB e do art. 12 do Decreto nº 9.830/2019, o erro grosseiro caracteriza-se pela atuação mediante elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, não bastando o mero nexo de causalidade entre as condutas praticadas e a irregularidade verificada.

No caso dos autos, os responsáveis cometeram erros grosseiros, já que as irregularidades pelas quais são responsáveis afrontam expresso texto legal.

Assim, por sua gravidade, o descumprimento do art. 7º, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93 enseja a aplicação de multa aos responsáveis, não havendo que se falar em falha meramente formal.

No que se refere à aplicação da multa por esta Corte, ela deve ser aplicada com base no que a Lei Orgânica deste Tribunal, Lei Complementar Estadual nº 102/2008, dispõe em seu art. 85, II, confira-se:

Art. 85 – O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) aos responsáveis pelas contas e pelos atos indicados a seguir, observados os seguintes percentuais desse montante:

(...)

II – até 100% (cem por cento), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

(...)

Assim, considerando que o ato praticado constitui infração à legislação, entendo pela aplicação de multa ao Sr. Marcelo Marques, prefeito municipal à época dos fatos narrados e ao Sr.

Argemiro de Almeida Leão Neto, pregoeiro do Município, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada.

II.4.3.2 – Subscrição do edital pelo pregoeiro Sr. Argemiro de Almeida Leão Neto

O Ministério Público de Contas apontou irregularidade quanto à subscrição do edital pelo Pregoeiro do Município, Sr. Argemiro Almeida Leão Neto, uma vez que não estaria autorizado para subscrevê-lo.

Ato contínuo, o órgão técnico se manifestou no sentido de que não se encontra, entre os documentos do Procedimento Preparatório nº 113.2018.085, a delegação para que o pregoeiro realizasse a função de subscritor do edital.

Ressaltou que a portaria nº 079/2017, que nomeia o pregoeiro, membros da equipe de apoio e dá outras providências não menciona quanto à delegação de tal atribuição.

Em defesa apresentada de fls. 516/531 – peça nº 15 do SGAP, o Sr. Argemiro de Almeida Leão Neto alegou que o Decreto Municipal nº 021/2017 delegou a competência para firmar atos de expedição de editais de licitação no âmbito do Poder Executivo Municipal ao presidente da CPL e ao pregoeiro.

A unidade técnica, em relatório conclusivo, reviu seu posicionamento tendo em vista que o Decreto Municipal nº 099/2013 prevê a delegação da competência para firmar os atos de expedição de editais de licitação ao ocupante da função de pregoeiro (peça nº 8 do SGAP).

Pois bem.

Conforme já analisado anteriormente, não há qualquer óbice à delegação de subscrição do edital ao pregoeiro, desde que tenha autorização legal para tal atribuição.

No entanto, em consulta ao sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Aimorés, vislumbro que o Decreto nº 021/2017² não dispõe sobre qualquer ato de delegação de subscrição do edital ao pregoeiro, mas, na verdade, de expedição de instruções normativas definindo os procedimentos e rotinas de controle a serem observadas pela unidade administrativa.

Por outro lado, já havia observado a existência do Decreto Municipal nº 099/2013, também da prefeitura municipal de Aimorés, que delegou ao presidente da Comissão Permanente de Licitações – CPL e ao Pregoeiro competência para firmar os atos de expedição de editais de licitação. Ademais, não constatei a existência de ato revogatório da norma à época dos fatos do certame.

Sendo assim, não há que se falar em irregularidade quanto à subscrição do edital pelo Sr. Argemiro Almeida Leão Neto, motivo pelo qual julgo improcedente a Representação quanto a este aspecto.

II.4.4 – Dispensa de Licitação nº 13/2017 – Município de Aimorés

II.4.4.1 – Ausência de necessidade e urgência e ausência de justificativa de preço

O Ministério Público de Contas alegou que os processos de contratação direta deverão observar as regras contidas no parágrafo único, inciso III, do art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93, que trata da necessidade de justificativa do preço.

Aduziu que não se comprovou a urgência que autorizasse a dispensa de licitação.

² https://www.aimores.mg.gov.br/arquivo/legislacao/decreto_21_2017

A unidade técnica em relatório preliminar deu razão ao apontamento feito pelo Ministério Público de Contas por entender que não restou comprovada a necessidade e urgência de contratação direta (peça nº 4 do SGAP).

Em defesa de fls. 373/383 – peça nº 14 do SGAP, o Sr. João Arlindo da Costa arguiu a ausência de responsabilidade ao argumento de que a Lei Geral de Licitações não impõe ao Administrador a obrigação de consulta ao órgão jurídico, mormente por considerar que o parecer jurídico não é vinculativo.

Ressaltou também que o seu nome não consta no instrumento de parecer, de modo que não existe acusação direta por parte do órgão ministerial.

Aduziu que a justificativa da administração para licitação na modalidade de dispensa foi devidamente comprovada, qual seja, a urgência e continuidade dos serviços públicos, critérios de mérito da administração calcados no princípio da razoabilidade.

Esclareceu que o contrato de prestação de serviço nº 012/2015 findou em 30/12/2015 e foi aditivado até o dia 31/12/2016, tendo expirado nessa data, sendo impossível ao gestor do mandato no exercício de 2013/2016 realizar novo aditivo do contrato.

Por sua vez, o Sr. Marcelo Marques (fls.384/399 – peça nº 15 do SGAP) e o Sr. Argemiro de Almeida Leão Neto (fls. 516/531 – peça nº 15 do SGAP) alegaram que no período final do ano de 2016 e início do ano de 2017 ocorreu a transição do Governo Municipal, sendo que o governo do exercício anterior não permitiu que a equipe de transição tomasse conhecimento do que ocorria junto à Prefeitura Municipal de Aimorés, principalmente em relação ao contrato n.º 012/2015.

Além disso, informaram que para atender as exigências do TCEMG, no que tange as prestações de contas municipais e envio de dados, bem como dar continuidade aos serviços públicos, foi necessário a efetivação de contratação de empresa técnica e especializada para concessão de direito de uso de sistema informatizados.

A empresa Memory Projetos e Desenvolvimento de sistemas Ltda alegou que não possui qualquer gerência sobre os atos e decisões administrativas do Município de Aimorés, de forma que não poderia ser responsabilizada por ato de terceiro.

Aduziu que, pelo princípio da continuidade do serviço público, é proibida a interrupção total do desempenho de atividades do serviço público prestadas a população e seus usuários, o que justificou a continuação do contrato por meio de dispensa de licitação.

Em análise final, o órgão técnico entendeu que as Defesas apresentadas não superaram as irregularidades apontadas pelo Ministério Público quanto à ausência de apresentação, no procedimento licitatório, de elementos que comprovassem a análise prévia de preços de mercado ou justificativa de urgência legítima da dispensa (peça nº 8 do SGAP).

Após, o Órgão Ministerial reiterou as considerações da unidade técnica (peça nº 12 do SGAP).

Pois bem.

A Constituição da República prevê que, ressalvados os casos especificados na legislação, os serviços serão contratados mediante licitação, *verbis*:

Art. 37 [...] 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.

A dispensa de licitação é uma das exceções, regulada no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93. *In casu*, a contratação foi fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; (...)

Maria Sylvia Zanella, sobre o tema da dispensa de licitação, assim leciona:

Em razão de situações excepcionais, **a dispensa é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, em vez de favorecer, vir a contrariar o interesse público**, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Nessa categoria incluem-se as seguintes hipóteses:

(...)

2. Os casos de emergência ou de calamidade pública, **quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares**, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade (...).

Neste ponto, vale destacar o escólio de Carvalho Filho:

A lei previu, também, a dispensa nos casos de emergência. Em ambos os casos, as situações devem caracterizar-se pela urgência no atendimento, de modo que não causem prejuízo ou comprometam a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. Os contratos, nessas hipóteses, não podem ser prorrogados e somente podem abranger os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e, assim mesmo, devendo concluir-se as obras e serviços no prazo máximo de 180 dias. 50 O prazo, em princípio, deve ser considerado peremptório, impedindo-se o cometimento de desvios de finalidade, mas, atendendo ao espírito da norma, tem-se admitido a sua flexibilização quando inviável a sua observância sem culpa da Administração (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020, pág 324).

Ressalto, ainda, o entendimento do TCU no bojo da Decisão nº 347/94- Plenário:

a) (...) além da adoção das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no art. 24, inciso IV, da mesma Lei: a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento a situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, se mostre iminente e especialmente gravoso; a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou

compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado.

Por outro lado, a jurisprudência do TCU se alterou no seguinte sentido:

É possível a contratação direta, mesmo quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos. Caberá analisar, para fins de responsabilização, a conduta do agente público que não adotou tempestivamente as providências cabíveis”. (Acórdãos TCU nº 3521/2010 - 2ª Câmara, nº 819/2014 - Plenário e nº 628/2014 - Plenário).

No caso dos autos, observo que o documento intitulado como “justificativa da necessidade de contratação” (fl.03 – CD anexo II) considerou ser medida necessária a contratação direta relativa a empresa Memory Projetos e Desenvolvimento de Sistema Ltda, ao fundamento de que o uso de sistemas informatizados se trata de serviço contínuo, bem como por considerar o risco de colapso no sistema administrativo e funcional.

Nesse ponto, transcrevo as considerações elaboradas pela unidade técnica (peça nº 4 do SGAP):

Conforme se lê à fl. 03 e 04 na respectiva pasta no CD do Anexo 2, o documento de “Justificativa da necessidade da contratação” se resume a apontar a legislação referente à possibilidade de dispensa de licitação e afirmar, sem a necessária indicação dos fatos e de sua comprovação, a “necessidade de haver uma contratação de urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo para administração pública” e que “a Administração não se descuroou nas providências necessárias à realização da licitação, que só não se concretizou por motivo independente da vontade da Administração.”

Nesse contexto, peço vênica para divergir do órgão técnico e do Ministério Público de Contas.

Explico:

Em 30/11/2016, o Sr. Alaerte da Silva, prefeito municipal da gestão de 2013/2016, encaminhou informações relativas à transição de governo, informando que (i) não havia nenhuma medida a ser implementada para regularização de contas municipais junto a esta Corte de Contas e (ii) não havia momentaneamente nenhum projeto de lei em curso na Câmara, que surtiria efeitos ou reflexos na nova gestão.

No entanto, em razão da incompletude das informações, verifico que foram editados o Decreto Municipal nº 02/2017 e o Decreto Municipal nº 003/2017 (fls.486/488 – peça nº 15 do SGAP).

O Decreto nº 02/2017 decreta a situação de emergência na Administração Pública Direta e Indireta do Município de Aimorés, mormente por considerar a ausência de dados imprescindíveis à continuidade das atividades administrativas em curso. Vejamos:

Considerando a forma e estado em que o patrimônio público foi repassado ao atual gestor;
Considerando a falta de informações para que a administração possa dar continuidade às suas funções;

Considerando a ausência de dados imprescindíveis à continuidade das atividades administrativas em curso bem como a impossibilidade de início de novos programas e ações voltadas à população;

Considerando que em vistoria in loco não foram encontrados todos os documentos referentes aos atos administrativos dos exercícios financeiros anteriores (2013 a 2016), principalmente, os referentes aos anos de 2016;

Considerando a necessidade em se dar eficiência e legalidade aos atos praticados por esta administração;

Considerando que a crise administrativo-financeira alcançou todas as áreas de atuação do Município, não se podendo excluir nenhuma. A situação é caótica e, infelizmente, o sequenciamento dos atos administrativos reclamam mecanismos eficazes para atender a ordem constitucional vigente;

Considerando o sucateamento da frota veicular municipal, que foi recebida com vários veículos avariados, que não possuem a mínima condição de utilização;
Considerando que a Folha de Pagamento referente ao mês de dezembro/2016 não foi empenhada e não foi quitada;
Considerando que a guia de recolhimento do INSS (GPS) sobre o 13º salário/2016 não foi empenhada e os tributos não foram recolhidos;
Considerando que vários computadores foram deixados inoperantes, com informações apagadas, impossibilitando obter dados sobre convênio e obrigações a pagar e a receber;
Considerando a supremacia do interesse público sobre o particular
(...)

Art. 1º - Fica decretado ESTADO DE EMERGÊNCIA ADMINISTRATIVA, no âmbito do atendimento externo na sede da Prefeitura Municipal de Aimorés, situada na Av. Raul Soares, 310, Centro, Aimorés/MG. – grifos acrescidos.

Além disso, observo que foi impetrado o Mandado de Segurança nº 0026552-73.2016.8.13.0011 pelo Sr. Marcelo Marques em face do Sr. Alaerte Silva cujo objeto eram as informações necessárias à continuidade da administração municipal.

Ainda, da análise da sentença disponibilizada via sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais³, vislumbro que o *mandamus* foi extinto sem resolução do mérito, em razão da perda de objeto, porquanto os documentos solicitados foram apresentados no curso do processo. Por fim, foi certificado que a baixa definitiva ocorreu em 30/07/2018.

Do cenário dos autos, entendo que restou comprovada a situação emergencial administrativa no âmbito do Município de Aimorés, considerando que entre período de transição do governo de 2013/2016 e 2017/2020 não foram repassadas as informações suficientes para que a atividade da Administração Pública pudesse continuar suas atividades sem prejuízo, situação que autoriza a contratação direta da empresa Memory Projetos e Desenvolvimento de sistemas Ltda.

Ademais, quanto à justificativa de preço, embora não tenham sido realizadas novas cotações de pesquisas de mercado, entendo que não houve prejuízo à Administração Pública, porquanto o que ocorreu no presente caso foi a prorrogação do contrato anteriormente firmado, o qual se deu justamente em razão da emergência administrativa instaurada no Município.

Julgo, portanto, improcedente a Representação quanto a este aspecto.

II.4.5 - Processo nº 43/2014, Pregão Presencial nº 28/2014 – Município de Bom Sucesso

II.4.5.1 – Ausência do termo de referência na fase interna do certame

O Representante alegou que não consta o termo de referência do objeto a ser licitado, o que acaba por viciar o procedimento licitatório e o contrato administrativo posteriormente celebrado.

Em análise inicial, a unidade técnica entendeu pela procedência do apontamento feito pelo Órgão Ministerial, por entender que o termo de referência deve ser juntado previamente à autorização do certame e, por conseguinte, ainda no momento da requisição da licitação (peça nº 4 do SGAP).

O Sr. Porfírio Roberto da Silva, prefeito municipal à época dos fatos e a Sra. Cláudia Luiza Aguiar, Pregoeira municipal, mesmo citados para apresentarem defesa, quedaram-se inertes.

³ https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=11&numero=1&listaProcessos=16002655.

Ao final, a unidade técnica entendeu pela manutenção do apontamento inicial (peça nº 8 do SGAP).

Pois bem, de fato o entendimento do colegiado da Segunda Câmara, a exemplo do voto proferido nos autos da Denúncia nº 879876, de minha relatoria, tem sido no sentido de que o Termo de Referência não é documento obrigatório como anexo dos editais, mas, nos termos da exigência do inciso III, do art. 3º, da Lei nº 10.520/02 deve constar nos autos do processo licitatório, uma vez que faz parte dos atos preparatórios da fase interna, de forma documentada, que será iniciada com a apresentação da demanda, vejamos:

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

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

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; e

(...) (grifamos)

Dos dispositivos citados extrai-se que o termo de referência é o documento elaborado na fase preparatória da licitação, contendo dados para que a Administração avalie a possibilidade de aquisição ou contratação do serviço.

Aos municípios cabe instruir os autos do processo licitatório na forma prevista no art. 3º, da Lei nº 10.520/02, que dispôs acerca dos procedimentos a serem observados e dos documentos imprescindíveis à fase preparatória do pregão.

Nesse sentido, transcrevo a fundamentação do voto proferido pelo Conselheiro Substituto Telmo Passareli, no bojo da Denúncia nº 1.088.757:

No entanto, a tolerância para com a ocultação do termo de referência e do orçamento estimado na fase externa do certame não dispensa a sua elaboração na fase interna. Trata-se de peça fundamental para o procedimento licitatório, que permite a definição do objeto para o atendimento da necessidade, bem como o dimensionamento do gasto com o bem ou serviço, adequando-o à capacidade orçamentária. A sua ausência na fase interna torna o procedimento licitatório precário e temerário, devido à inviabilidade de aferição da vantagem do ajuste por ausência de parâmetros concretos. Por isso, a jurisprudência do Tribunal admite a sua reserva quanto à fase externa do certame na modalidade pregão em virtude do dinamismo e possibilidade de negociação em favor do erário, mas não a sua omissão na fase interna ou preparatória do procedimento licitatório. Ao exame dos autos, não obtive êxito em localizar o termo de referência na fase interna do certame, tampouco a planilha de preços unitários e globais do objeto. [DENÚNCIA n. 1088757. Rel. CONS. SUBST. TELMO PASSARELI. Sessão do dia 12/08/2021. Disponibilizada no DOC do dia 27/08/2021. Colegiado. SEGUNDA CÂMARA]

Nesse sentido, peço vênias para divergir da unidade técnica e do órgão ministerial, ao passo que não há necessidade de elaboração do termo de referência no momento de autorização do certame ou da requisição da licitação, exigindo-se tão somente que ele seja realizado na fase interna do certame.

Assim, passo a verificar se a documentação juntada aos autos, relativa à fase interna do certame, atendeu às exigências do dispositivo legal supra, de modo à caracterização, ou não, da irregularidade.

De acordo com os documentos colacionados ao processo licitatório nº 43/2014, observo que o termo de referência (fl. 27 – CD anexo III) foi apresentado como anexo da minuta do edital, antes da sua publicação, ou seja, durante a fase interna do certame.

Isso porque, o próprio art. 4º da Lei nº 10.502/2002 dispõe que a fase externa do pregão será iniciada apenas com a convocação dos interessados. Veja-se:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...)

Ademais, verifico da fl. 66, do CD anexo III, que a publicação do aviso de licitação ocorreu apenas em 10/09/2014, enquanto o termo de referência foi encaminhado para parecer jurídico em 04/09/2014, conforme fl. 13 também do CD anexo. Sendo assim, a elaboração do termo de referência foi em momento anterior à publicação da licitação, corroborando o fato de que foi elaborado na fase interna do certame.

Por tais considerações, julgo improcedente o apontamento.

II.4.5.2 – Subscrição do edital pela pregoeira Sra. Cláudia Luiza Aguiar

O Representante também se insurgiu quanto ao edital ter sido elaborado e subscrito pela Pregoeira do Município, Sra. Cláudia Luiza Aguiar, sem que estivesse legalmente autorizada para a prática de tal ato.

A unidade técnica corroborou com o entendimento adotado pelo órgão ministerial, ao dispor que resta ausente a delegação para que a pregoeira realizasse a função de subscritora do edital (peça nº 4 do SGAP).

Por fim, a órgão técnico se manifestou pela revelia dos responsáveis, permanecendo inalterada a conclusão inicial. Tal entendimento foi corroborado pelo Ministério Público junto a este Tribunal de Contas (peças nº 8 e nº 12 do SGAP, respectivamente).

Conforme já abordado exaustivamente no presente voto, ressalto que não há impedimento para a delegação de subscrição do edital ao pregoeiro, desde que haja, para tanto, autorização legal.

Nesse contexto, não vislumbro dos autos qualquer documento que outorgue competência para que a pregoeira do Município subscreva o edital, o que caracteriza, portanto, a irregularidade levantada pelo Órgão Ministerial.

Destaco, pois, os comentários realizados pela unidade técnica em exame inicial:

A análise da documentação juntada pelo Município no Procedimento Preparatório 113.2018.085 dá razão ao apontamento trazido pelo Parquet. Não se encontra, entre seus documentos, a devida delegação para que a pregoeira realizasse a função de subscritora do edital em comento, em lugar da autoridade competente prevista nos artigos 40, parágrafo 1º da Lei 8.666/1993 e artigo 3º, inciso I, da Lei federal n. 10.520/02. Ressalta-se que tanto a portaria nº 02/2014 (à fl. 09 da respectiva pasta no CD no Anexo 3), que nomeia a comissão de apoio ao pregão, quanto o decreto nº 2.176/14 (à fl. 10 da respectiva pasta no CD no Anexo 3), que nomeia pregoeira municipal e secretária de pregoeira, também nada mencionam quanto à delegação de tal atribuição à pregoeira. Observa-se, portanto, na esteira do apontado pelo representante, a irregularidade no que tange à assinatura do edital em análise pela pregoeira sem o devido instrumento delegatório

Diante do exposto, julgou procedente o item quanto a este aspecto.

No entanto, considerando que não vislumbro prejuízo no caso concreto, eis que as demais irregularidades apontadas não decorrem, necessariamente, da subscrição do edital pela pregoeira, deixo de aplicar as sanções de multa cabíveis no art. 85 da Lei Complementar nº 112/2008 e entendo ser suficiente a expedição de recomendação aos gestores municipais, para que, em futuros certames licitatórios que sejam assinados por pessoas diversas da autoridade superior, editem norma que contenha a delegação de competência de subscrição do edital, principalmente no que se refere ao pregoeiro do Município.

II.4.5.3 – Utilização de índice de endividamento geral desacompanhada de justificativa técnica no procedimento licitatório

O Ministério Público junto ao órgão de Contas alegou que a cláusula 9.3.2 do instrumento editalício prevê a utilização de índice de endividamento geral, desacompanhada de justificativa técnica.

O órgão técnico entendeu que a cláusula mencionada não guarda correspondência com a suposta irregularidade apontada pelo órgão ministerial, não sendo possível proceder a análise do item (peça nº 4 do SGAP).

Pois bem.

A Lei nº 8.666/93 prevê em seu art. 31 a documentação referente à qualificação econômica financeira, vejamos:

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

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

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

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

No caso dos autos, a cláusula 9.3.2 do edital exige (fl. 21, do CD anexo III), para fins de qualificação econômico-financeira, o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta.

Nesse sentido, não há qualquer irregularidade na cláusula acima, porquanto ela apenas reproduz o próprio texto legal.

Ademais, os índices previstos no edital, constantes da cláusula 9.3.3, quais sejam, índice de liquidez geral, índice de solvência geral e índice de liquidez, são parâmetros específicos, não havendo que se falar em índices gerais.

Por tais considerações, julgo improcedente o item.

II.4.5.4 – Previsão de apresentação na fase de habilitação de no mínimo um profissional administrador nos quadros da empresa participante e exigência de registro da empresa no Conselho Regional de Administração.

O Ministério Público junto a esta Corte de Contas, ora Representante, alegou irregularidade na cláusula 8.4.2 e na cláusula 9.4.3 do instrumento convocatório, sendo que a primeira prevê que, na fase de habilitação, a concorrente deverá ter, no mínimo, um profissional administrador nos quadros da empresa, enquanto a segunda determina a previsão de certidão de registro no Conselho Regional da Administração da própria empresa participante.

A unidade técnica, em análise inicial, entendeu que não há pertinência temática que atribua a exclusividade de execução do objeto do certame a profissionais da área de Administração e Contabilidade (peça nº 4 do SGAP). Tal entendimento foi ratificado em sede de reexame (peça nº 8 do SGAP).

Em parecer final, o Ministério Público de Contas corroborou suas alegações iniciais (peça nº 12 do SGAP).

Examinando.

Conforme exposto anteriormente no bojo desse voto, o registro no Conselho Regional de Administração só se justifica quando a matéria objeto da licitação for precipuamente atividade relacionada à Administração.

Da detida análise do caso, observo que a licitação possui como objetivo a contratação de empresa para assessoria administrativo na área de contabilidade, a qual não guarda, necessariamente, relação com a atividade administrativa.

Sobre o tema, trago à baila as considerações feitas pela unidade técnica:

Em que pese o inciso I do art. 30 da Lei 8.666/93 permitir a exigência, para comprovação de qualificação técnica, de “registro ou inscrição na entidade profissional competente”, há que se analisar se tal registro profissional guarda correspondência ao objeto do certame.

Nesse sentido, à fl. 17, o representante apresenta o argumento de que tais previsões “limitam a participação, na medida que o próprio objeto não se trata de atividade típica de administração, mas de conversão e disponibilização de sistema de informação” (grifos nossos). Todavia, tal indicação de objeto não condiz com a que está presente na documentação juntada pelo Município no Procedimento Preparatório 113.2018.085, conforme se mostra a seguir.

De acordo com o item 1.1 do edital do certame em análise (fl. 54 da respectiva pasta dentro do CD rotulado “Processos: 043/2014, 044/2014, Memory Projetos, Mercury Assessoria” - Anexo 3), seu objeto consiste em serviços especializados em assessoria administrativa em contabilidade e gestão de contratos administrativos, nos termos:

1.1 – Contratação de empresa para assessoria administrativa na área de contabilidade compreendendo execução orçamentária e financeira, acompanhamento de prestação de contas e de relatórios encaminhados ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e ainda a órgãos das esferas federal, estadual e assessoria em licitações e gestão de contratos administrativos. (Grifos nossos)

Em face do referido item do edital, é possível supor a possibilidade de realização de tais atos por profissionais de outras áreas, tais como Direito, sem qualquer prejuízo às atividades. Conclui-se, neste caso, que não há pertinência temática que atribua a exclusividade da execução do objeto do certame a profissionais da área de Administração e Contabilidade.

Dessa forma, inexistindo justificativa para a exigência de registro no Conselho Regional de Administração e da necessidade de profissional que também seja inscrito no referido conselho,

alinho-me ao entendimento da unidade técnica, no sentido de ser irregular a previsão contida na cláusula 8.4.2 e 9.4.3 do edital relativo ao Processo nº 43/2014, Pregão Presencial nº 28/2014.

Sendo assim, julgo procedente a Representação quanto a este aspecto.

Na mesma linha de pensamento exposta anteriormente, não compreendo que a inclusão da exigência possui o condão de configurar a prática de erro grosseiro pelo Responsável, tendente a restringir a competitividade do certame licitatório, em ofensa à norma contida no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/1993, motivo pelo qual afasto a aplicação de multa aos responsáveis.

No entanto, é forçoso recomendar aos gestores municipais que, nos próximos procedimentos licitatórios, observem que as exigências do registro da empresa e do profissional no conselho de classe, deverão guardar pertinência com o objeto licitado em observância ao art. 30 da Lei nº 8.666/93.

II.4.6 – Processo nº 44/2014, Pregão presencial nº 029/2014 – Município de Bom Sucesso

II.4.6.1 - Ausência do termo de referência na fase interna do certame

O Representante alegou que não consta o termo de referência no procedimento licitatório nº 44/2014, relativo ao pregão presencial nº 029/2014.

A unidade técnica deu razão à alegação formulada pelo Representante, por entender que o documento deve ser juntado previamente à autorização do certame (peça 4 do SGAP). Em reexame (peça nº 8 do SGAP), a unidade técnica manteve incólume a sua análise inicial.

O Ministério Público de Contas requereu o reconhecimento da irregularidade do apontamento (peça nº 12 do SGAP).

Consoante já delineado anteriormente, o termo de referência é documento elaborado na fase interna da licitação, com o fim de avaliar a possibilidade de aquisição ou contratação do serviço pela Administração Pública.

Nesse sentido, não há dúvidas de que os Municípios devem elaborar o termo de referência na fase preparatória do pregão, nos termos previstos no art. 3º, da Lei nº 10.520/02.

No entanto, friso que a fase interna do certame no caso do Pregão ocorre até o momento de convocação dos interessados, por força legal do disposto no art. 4º do mesmo diploma legal.

Em análise dos autos, vislumbro que foram acostados às fls. 05/07 do CD anexo III, o orçamento e autorização do certame. Além disso, verifico também que às fls. 14/52, foi colacionada a minuta do edital com seus respectivos anexos.

Neste ponto, convém destacar que não há, nos autos, documento propriamente intitulado como “termo de referência”, mas, verifico que os documentos anteriormente colacionados cumprem essa função, mormente por considerar que contêm a especificação do objeto, de modo que a mera formalidade de nomenclatura do ato não tem o condão de afastar o seu conteúdo.

Em que pese a divergência com a unidade técnica em relação ao momento de elaboração do termo de referência, tal órgão também entendeu que o referido documento foi colacionado aos autos, ainda que sem a respectiva denominação (peça nº do SGAP).

Sendo assim, considero que o termo de referência foi elaborado na fase interna do certame, motivo pelo qual julgo improcedente o apontamento em tela, eis que ausente violação ao art. 3º da Lei nº 10.520/2002.

II.4.6.2 - Parecer jurídico com objeto diverso àquele tratado na licitação

O Representante alegou que o parecer jurídico utilizado para aprovação do edital, além de ser genérico e sucinto, possui objeto completamente diverso àquele tratado na licitação.

Em relatório inicial, a unidade técnica também entendeu pela desconexão entre o parecer colacionado e o objeto da licitação.

O Sr. Jaderson Wembley de Andrade Carvalho, informou à fl.657, da peça nº 16 do SGAP, que o parecer jurídico é certamente um equívoco quanto a autuação do documento, que deve se referir a outro processo.

Em análise final, o órgão técnico entendeu que não há a juntada de elementos nos autos que comprovem a alegação do Sr. Jaderson (peça nº 8 do SGAP).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas entendeu pela existência da irregularidade (peça nº 12 do SGAP).

Pois bem.

Como se sabe, o art. 38 da Lei de Licitações prevê, dentre outros documentos, a juntada de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, no procedimento licitatório.

No que tange à exigência de pareceres jurídicos, destaco entendimento do Tribunal de Contas da União⁴:

(...) resta límpida a exigência legal, contida no art. 38, VI da Lei de Licitações e Contratos, no sentido de que sejam juntados ao processo administrativo pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação. O parágrafo único do mesmo artigo estabelece que as minutas de editais de licitação devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica.

Em análise minuciosa dos autos, verifico à fl.13, do CD anexo III, que a minuta edital do Pregão Presencial nº 29/2014 foi submetido à apreciação do Sr. Jaderson Wembley de Andrade Carvalho, assessor jurídico, que emitiu parecer favorável ao prosseguimento do certame, nos seguintes termos:

Analisando a minuta do Edital do Pregão Presencial, com o objetivo de registro de preços para futura e eventual aquisição de veículos de passeio, 05 lugares, zero quilômetro, 1º emplacamento, informamos que o mesmo encontra-se devidamente elaborado, nos termos do que preceitua as Leis Federais 10.520/02 e 8.666/93 e suas alterações, podendo a Comissão de Licitações dar continuidade ao respectivo processo (CD anexo III, pág 64).

No entanto, verifico que o parecer, além de ser completamente genérico, por se limitar a dizer que o edital atende aos requisitos legais, também não possui qualquer relação com o objeto descrito no edital, na medida que este último versa sobre serviços especializados de locação de sistemas informatizados, enquanto o parecer jurídico aborda o tema de aquisição de veículos de passeio.

Sendo assim, não restam dúvidas da existência de irregularidade quanto ao parecer jurídico, motivo pelo qual julgo procedente a Representação nesse item.

⁴ Acórdão n. 2.574/2009, Plenário, rel. Ministro Raimundo Carreiro.

No entanto, consoante delineado anteriormente, reconheço que a ausência de um ato formal adequado, no caso, não resultou em prejuízo, na medida em que a própria ausência do ato não é causa de nenhuma das irregularidades descritas na Representação.

Contudo, entendo ser necessário recomendar aos gestores municipais que, nos próximos certames, façam constar na fase interna dos procedimentos licitatórios parecer ou ato da assessoria jurídica contendo o exame e os fundamentos da aprovação das minutas de editais e contratos, nos termos do parágrafo único art. 38 da Lei 8.666/1993.

II.4.6.3 - Edital subscrito pela pregoeira Sra. Cláudia Luiza Aguiar

O Ministério Público junto a esta Corte de Contas, qualificado como Representante, apontou a existência de irregularidade do edital subscrito pela Pregoeira do Município, Sra. Cláudia Luiza Aguiar, uma vez que sem que estivesse legalmente autorizada para a prática de tal ato.

A unidade técnica corroborou com o entendimento adotado pelo órgão ministerial, ao dispor que resta ausente a delegação para que a pregoeira realizasse a função de subscritora do edital.

Em análise final, permaneceram incólumes as conclusões iniciais da unidade técnica e do Órgão Ministerial (peça nº 8 e nº 12 do SGAP).

Passo ao exame.

De fato, analisando detidamente os autos, não vislumbro qualquer documento que outorgue competência para que a pregoeira do Município, Sra. Cláudia Luiza Aguiar subscreva o edital, o que configura, portanto, a irregularidade levantada pelo Órgão Ministerial.

Novamente, considerando que não vislumbro prejuízo no caso concreto, mostra-se suficiente a expedição de recomendação aos gestores municipais, para que, em futuros certames licitatórios que sejam assinados por autoridade superior competente, editem norma que delegue a competência de subscrição do edital, mormente no que se refere ao pregoeiro do Município.

II.4.6.4 – Da cláusula que limita a participação dos consórcios no procedimento licitatório

O Órgão Ministerial alegou a existência de vício material, em razão de ofensa direta à vedação da participação de consórcios sem a devida motivação.

A unidade técnica não verificou irregularidade no item arguido pelo Ministério Público de Contas, ao fundamento de que a legislação prevê, como regra, a proibição de participação dos consórcios em licitações. Cita, a título de fundamentação, o entendimento esposado no Recurso Ordinário nº 952058.

De fato, na cláusula 2.2 do edital (fl. 14, CD anexo III) há a previsão de limitação de participação de licitantes que se constituam na forma de empresa em consórcio, vejamos:

2.2 - Não poderão participar deste pregão os interessados que se encontrarem em processo de falência, de dissolução, de fusão, de cisão ou de incorporação, ou estejam cumprindo suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com o Município, ou tenham sido declarados inidôneos para licitar ou contratar com a Administração Pública, bem como licitantes que se apresentem constituídos na forma de empresas em consórcio.

Consoante já me manifestei anteriormente nesse voto, entendo que a participação de empresas em forma de consórcio só é plausível nas hipóteses em que seja necessário à garantia da competitividade, quando individualmente não são capazes de prestar os serviços ou fornecer o bem, ou, ainda, quando necessitam reunir experiência técnica, o que não se verifica no caso em tela.

Por consectário lógico, julgo improcedente o presente item.

II.4.6.5 – Da similaridade do Edital com o instrumento convocatório nº 21/2017, do Município de Aimorés – Direcionamento da licitação em favor de Memory Projetos de Desenvolvimento de Sistemas Ltda.

O Representante alegou a existência de similaridade entre o edital de Pregão 29/2014 deflagrado pela Prefeitura de Bom Sucesso e o instrumento convocatório do Pregão Presencial nº 21/2017, do Município de Aimorés, uma vez que possuem semelhanças em relação a especificação do objeto, bem como contrataram a mesma sociedade empresarial. Assim, ao seu ver, ocorreu o direcionamento da licitação em favor da empresa Memory Projetos de Desenvolvimento de Sistemas Ltda.

A unidade técnica e o órgão ministerial não se manifestaram a respeito do tema.

Os responsáveis, ainda que citados, não apresentaram defesa.

Pois bem.

Analisando detidamente os autos (CD anexo III, pág. 65), verifico que o edital do Pregão Presencial nº 029/2014, processo licitatório nº 044/2014 possui como objeto a contratação de empresa especializada em concessão de direito de uso de serviços de locação de sistemas informatizados, vejamos:

1. Do objeto

1.2 – Contratação de empresa especializada em concessão de direito de uso de serviços especializados de locação de sistemas informatizados sendo o ambiente operacional para servidor Windows e para estações em ambientes operacional gráfico que funcionem com bancos de dados relacionais livres, conversão de bases para atender os seguintes serviços: sistema de contabilidade/orçamento e tesouraria; sistema de recursos humanos e folha de pagamento; sistema de tributação municipal; sistema de patrimônio; sistema de almoxarifado; sistema de controle de frotas; sistema de compras, licitações e pregão presencial; sistema de controle interno; portal da transparência; atendimento ao cidadão/web; nf-e (nota fiscal eletrônica); todos os sistemas com assistência técnica remota, para a Prefeitura de Bom Sucesso-MG.

Noutro norte, o instrumento convocatório relativo ao Pregão Presencial nº 21/2017 possui como objeto a contratação de empresa para licenciamento de uso de sistemas de informática integrados, a propósito:

1. Objeto

Contratação de empresa para licenciamento de uso de sistemas de informática integrados, para a gestão pública municipal, com os serviços de conversão de dados, implantação, treinamento, manutenção, suporte técnico e acompanhamento durante o período contratual, conforme características no Anexo I – Termo de Referência deste Edital.

De fato, verifico que há certa similaridade dos editais quanto aos objetos a serem contratados, uma vez que versam sobre a contratação de empresa especializada em sistema informatizado para gestão pública municipal.

Ocorre que, em análise da fl. 28 do CD, anexo III, verifico que as especificações funcionais do objeto descrito relativo ao Pregão Presencial nº 29/2014 não são necessariamente as mesmas descritas no termo de referência, fls. 71/175 do CD anexo II, relativo ao Pregão Presencial nº 21/2017.

Ademais, verifico que os demais itens também não possuem semelhança suficiente a ensejar a conclusão do direcionamento do certame, os quais cito, a título de exemplo, os requisitos de condição para participação, apresentação da proposta e documentação, dos documentos de habilitação e qualificação técnica.

Ora, ainda que os editais fossem semelhantes, tal fato, por si só, não é causa suficiente para comprovar o direcionamento da licitação, ainda que a empresa vencedora do certame tenha sido a mesma em ambos os procedimentos licitatórios.

Dessa forma, resta comprovado que não assiste razão ao Representante, na medida em que a Administração possui a discricionariedade de definir o produto e serviços que atendam às suas necessidades, desde que, por óbvio, não especifique objeto direcionado a empresa determinada.

Além disso, Hely Lopes Meirelles⁵ leciona que:

Tanto nos atos vinculados como nos que resultam da faculdade discricionária do Poder Público, o administrador terá de decidir sobre a conveniência de sua prática, escolhendo a melhor oportunidade e atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa ao seu verdadeiro e único objetivo – o bem comum. Poderá, assim, a Administração Pública atuar com liberdade, embora reduzida, nos claros termos da lei ou do regulamento.

Do exposto, afasto a irregularidade apontada.

III – CONCLUSÃO

No mérito, **voto pela procedência parcial** da presente Representação, em razão das seguintes irregularidades:

- 1) Contrato nº 03-002/2014, decorrente do Processo nº 12/2014, tomada de preços nº 06/2014 deflagrado pela prefeitura municipal de Barão de Cocais:
 - 1.1 Ausência de parecer jurídico;
 - 1.2 Aumento imotivado de 25% do valor do contrato;
- 2) Processo nº 24/2015, pregão nº 13/2015, deflagrado pela prefeitura municipal de Aimorés:
 - 2.1 Limitação da possibilidade de apresentação de esclarecimentos e impugnações;
 - 2.2 Exigência do registro de software no INPI;
 - 2.3 Exigência na fase de habilitação de no mínimo um profissional administrador nos quadros da empresa participante, bem como a exigência do registro da própria empresa no Conselho Regional de Administração;
- 3) Processo nº 37/2017, pregão nº 21/2017, deflagrado pela prefeitura municipal de Aimorés:
 - 3.1 Ausência de pesquisa de preço de mercado e planilha de custos unitários;
- 4) Processo nº 43/2014, pregão nº 28/2014 deflagrado pela prefeitura municipal de Bom Sucesso:
 - 4.1 Subscrição do edital por autoridade incompetente;
 - 4.2 Exigência na fase de habilitação de apresentação de no mínimo um profissional administrador nos quadros da empresa participante, bem como do registro da empresa no Conselho Regional de Administração;

⁵MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 190.

5) Processo nº 44/2014, pregão nº 029/2014, deflagrado pela prefeitura de Bom Sucesso:

5.1 Ausência de parecer jurídico

5.2 Subscrição do edital por autoridade incompetente

Aplico multa individual aos Responsáveis, nos seguintes termos:

- 1) R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Marcelo Marques, Prefeito municipal de Aimorés à época dos fatos narrados, em razão da irregularidade referente à falta de pesquisa de preço e planilha de custos unitários na fase interna da licitação, relativo ao edital do processo nº 37/2017, pregão Presencial nº 21/2017;
- 2) R\$ 1.000,00 (mil reais) ao Sr. Argemiro de Almeida Leão Neto, pregoeiro do Município de Aimorés à época dos acontecimentos relatados na Representação, em razão da irregularidade referente à falta de pesquisa de mercado de preço e planilha de custos unitários na fase interna da licitação, relativo ao edital do processo nº 37/2017, pregão Presencial nº 21/2017;

Quanto aos demais itens, deixo de aplicar multa pelas razões expostas na fundamentação e recomendo aos atuais gestores que em futuros procedimentos licitatórios e contratações:

- 1) Façam constar na fase interna dos procedimentos licitatórios parecer ou ato da assessoria jurídica contendo o exame e os fundamentos da aprovação das minutas de editais e contratos, mormente no que se referem aos aditivos contratuais, nos termos do parágrafo único art. 38 da Lei 8.666/1993;
- 2) Elaborem justificativa que seja capaz de corroborar o aumento do objeto do contrato, nos termos do art. 65, caput, da Lei nº 8.666/93;
- 3) Deixem de incluir restrições à solicitação de esclarecimentos, impugnações e recursos, bem como esteja explícito a possibilidade de se fazerem por meio eletrônico;
- 4) Não estabeleça a exigência de registro de software no INPI como requisito para qualificação técnica da empresa, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, em observância ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e do art. 30 da Lei 8.666/93;
- 5) Observem que as exigências do registro da empresa e do profissional no conselho de classe, deverão guardar pertinência com o objeto licitado em observância ao art. 30 da Lei nº 8.666/93;
- 6) Editem norma que delegue a competência de subscrição do edital, quando esta ocorrer por pessoa diversa da autoridade superior.

Intimem-se as partes da presente decisão, conforme art. 166, II, §1º, inciso I, do RITCEMG.

Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do Regimento Interno.

É como voto.

* * * * *