

RECURSO ORDINÁRIO: 969687 e 969688

ANO: 2016

**PROCEDÊNCIA: COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS –COPASA
MG**

**RECORRENTES: COPASA/MG; MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS NUNES e
MAURÍCIO GONÇALVES SOARES**

ACORDÃO: 2ª Câmara.

PILOTO: Denúncia 801288.

I - SÍNTESE DOS FATOS

Tratam os autos de Recursos Ordinários interpostos pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais-COPASA MG e pelo Senhor Márcio Augusto Vasconcelos Nunes (969687) e Senhor Maurício Gonçalves Soares (969688), respectivamente Diretor Presidente e Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais da COPASA MG, em face do Acórdão proferido pela Segunda Câmara deste Tribunal em Sessão do dia 05/11/2015, cujos trechos, encontram-se adiante reproduzidos:

1) em afastar, na prejudicial de mérito, por unanimidade, a alegação de inconstitucionalidade do art. 118-A, inciso II da Lei Orgânica desta Corte e rejeitar a arguição de prescrição. No mérito, por maioria de votos, julgam procedente, em parte, a denúncia, aplicando multa aos responsáveis, Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA à época, e Sr. Maurício Gonçalves Soares, Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais à época, com fulcro no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal. Considerando a dosimetria da pena, aplicam multa de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) individualmente aos responsáveis citados, diante das seguintes irregularidades: a) Inabilitação da denunciante em razão da garantia de proposta, Item 5 do Anexo I do Edital, multa no valor da denunciante em razão da garantia de proposta, Item 5 do Anexo I do Edital, multa no valor de R\$2.500,00; b) Exigência de que o responsável técnico integre o quadro permanente da licitante, nos termos do Item 1.2 do Anexo I do Edital, multa no valor de R\$2.500,00 c) Inabilitação da denunciante por não atender ao Item 1.3 do Anexo I do Edital, diante da indicação da marca a ser contratada, multa no valor de R\$7.500,00; d) Ausência de justificativa para os índices contábeis exigidos no item 2.3 do edital (fls.141/142), multa no valor de R\$2.500,00; f) Exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita, multa no valor de R\$2.500,00; g)

Exigência de Regularidade e quitação junto ao CREA, item 1.2.3 do Anexo I do edital, fl. 140, multa no valor de R\$2.500,00; h) Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, subitem 1.2 do edital (fls.138/139), multa no valor de R\$2.500,00; i) Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado, multa no valor de R\$2.500,00 j) Vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos, subitem 10.3. (fl.116), multa no valor de R\$2.500,00; k) Vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no subitem 8.1.1 do Edital (fl.114), sem a devida justificativa, multa no valor de R\$2.500,00 l) Vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente, item 15.6 do Edital (fls.119), multa no valor de R\$2.500,00 [...]

Os autos originais (Processo 801288) referem-se à denúncia formulada pela empresa Damiani Soluções de Engenharia Ltda. em desfavor da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA MG, em face de supostos vícios no procedimento licitatório relativo à Concorrência Pública n. DVLI.1020090031.

Após regular instrução processual e julgamento proferido por esta Corte de Contas (Acórdão fls. 2880/2889 dos autos 801288), os recorrentes interpuseram os presentes Recursos Ordinários, com fulcro nos art. 334 e 335 do Regimento Interno desta Casa, cujos principais fundamentos encontram-se adiante transcritos:

a) Razões de defesa da COPASA/MG e Márcio Augusto Vasconcelos Nunes (fl. 01/24/proc. 969687).

A COPASA M.G e o Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da Companhia, apresentaram a defesa às fls. 01/24 (proc. 969687). Transcreve-se, em síntese, adiante, os principais fundamentos:

III- PREJUDICIAL DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO

Conforme entendimento da doutrina pátria, o instituto da prescrição, em qualquer ramo do direito é princípio de ordem pública e objetiva a estabilização das relações jurídicas. [...]

Noutro giro, destaca-se que a prescritibilidade da pretensão punitiva da Administração Pública é atualmente princípio constitucional, uma vez que a norma está contida no art. 37, parágrafo 5º da Carta Magna de 1988, o

qual reza que “a lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (grifo no original).

A Lei Complementar 102/2008 (alterada pelas Leis Complementares 120/2011 e 133/2014), que tratou da organização do Tribunal de Contas, por sua vez, assim dispõe, in verbis:

“Art. 110-B. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas fica sujeita a prescrição, conforme o prazo fixado para cada situação.

Art. 110-C São causas interruptivas da prescrição:

[...]

III- autuação de feito no Tribunal de Contas em virtude de obrigação imposta por lei ou ato normativo;

[...]

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.

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;

[...]

Art. 110-J. O processo será extinto com resolução de mérito quando for reconhecida a prescrição ou a decadência.

Dessa forma e tendo em conta que a autuação da Denúncia ocorreu em 31 de julho de 2009 (fl. 700), tem-se a verificação efetiva do instituto da prescrição, dado o transcurso de tempo superior a cinco anos.

Tanto é verdade que o próprio Ministério Público junto ao Tribunal de Contas apresentou parecer pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva da Corte de Contas (fls. 2.804/2.805) e o ratificou às fls. 2.841, sob o entendimento de que a autuação da Denúncia ocorreu há mais de cinco anos, o que foi acompanhado pelo Órgão Técnico da Corte de Contas (fls. 2.836/2.839), com fundamento no art. 110-J da Lei Complementar nº 102/2008.

Data máxima vênua, a rejeição da arguição de prescrição pela v.Segunda Câmara deve ser revista, uma vez que é inconstitucional a previsão contida no art. 118-A da Lei Complementar 102/2008, acrescentado pela Lei Complementar 133/2014, abaixo transcrita:

“Art. 118-A. Para os processos que tenham sido autuados até 15 de dezembro de 2011, adotar-se-ão os prazos prescricionais de:

[...]

III-cinco anos, contados da prolação da primeira decisão de mérito recorrível até a prolação da decisão de mérito irreccorrível.

Parágrafo único. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas para os processos a que se refere o caput prescreverá, também, quando a paralisação da tramitação processual do feito em um setor ultrapassar o período de cinco anos.”

Assevera o Recorrente que a nova regra viola o princípio constitucional da isonomia, uma vez que cria tratamento diferenciado para situações que são equivalentes, bem como pretendeu agravar o tratamento dado aos

jurisdicionados e ainda com efeitos pretéritos à sua edição, haja vista que trouxe a previsão de prazo prescricional de 08 (oito) anos àqueles processos atuados até a data de 15 de dezembro de 2011.

A Constituição Federal de 1988 traz expresso em seu artigo 5º, inciso XXXVI, norma de ordem pública que garante segurança jurídica à sociedade, uma vez que reza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”

[....]

Nota-se ainda que a Lei Complementar 133/2014 ao acrescentar o art. 118-A, não revogou expressamente o art. 110-E, que consigna em cinco anos a prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas”

Assim, por todo o exposto e tendo em conta a fluência do prazo prescricional de 05 (cinco) anos, dado a autuação da Denúncia em 31/07/2009 e a inconstitucionalidade latente do art. 118-A, deve esta e. Corte de Contas do Estado de Minas Gerais decretar a prescrição de sua pretensão punitiva nos referidos autos, extinguindo-se o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 110-J da Lei Complementar 102/2008.

III-MÉRITO

O recorrente foi condenado ao pagamento de multa, nos termos do art. 85, inciso II da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que assim prescreve, in verbis:

[....]

Verifica-se, assim, que a c. Segunda Câmara considerou que o recorrente Márcio Augusto Vasconcelos Nunes agiu por 12 vezes (alíneas “a” a “l” do v. Acórdão) de forma gravemente contrária à norma legal.

Todavia, não há que falar que tenham ocorridos atos com grave infração à norma legal ou regulamentar que motivem a aplicação de multa, uma vez que todos os atos do procedimento licitatório foram praticados em estrita consonância com os comandos da Lei 8.666/93 e os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, devidamente demonstrados no procedimento da denúncia. Senão vejamos:

a) Inabilitação da denunciante em razão da garantia de proposta, item 5 do Anexo 1 do edital, multa no valor de R\$2.500,00

[...]

A exigência de caução para garantia acumulada com capital social mínimo ou patrimônio líquido, constou expressamente do edital.

Por outro lado, quando a COPASA MG tomou conhecimento do entendimento deste Tribunal de Contas mediante o Processo nº 775.461, os gestores da COPASA MG autorizaram, imediatamente, a exclusão nos Editais quanto à exigência de caução para garantia de proposta, tendo ocorrido esta alteração a partir do ano de 2010.

Observa-se que a Companhia, à época, agia de acordo com o entendimento predominante nas Cortes de Contas e de Justiça, ou seja, cumprindo rigorosamente o que prescrevia os editais de licitação, ainda que posteriormente viesse a se entender que era um apego ao formalismo.

[...]

Percebe-se assim que não há tipicidade na conduta do denunciado, pois a conduta praticada não se amolda à previsão do art. 85, II, da Lei Orgânica deste Colendo Tribunal.

b) Exigência de que o responsável técnico integre o quadro permanente da licitante, nos termos do item 1.2 do Anexo I do Edital, multa no valor de R\$2.500,00:

Novamente, tem-se que a Comissão Permanente de Licitações atuou em consonância com o art. 41 da Lei 8.666/93.

O procedimento licitatório foi realizado no ano de 2009, No entanto, no ano de 2011- Processo nº 862913 desta Corte de Contas, esta matéria foi discutida, ato contínuo os gestores da COPASA MG adotaram as recomendações deste Tribunal, pelo que a Companhia seguia entendimento jurisprudencial e doutrinário até então vigente, pelo que não há tipicidade na conduta do denunciado, pois a conduta praticada não se amolda à previsão do art. 85, II da Lei Orgânica deste Tribunal.

c) Inabilitação da denunciante por não atender ao Item 1.3 do Anexo I do Edital, diante da marca a ser contratada, multa no valor de R\$7.500,00

Também, e de acordo com art. 41 da Lei 8.666/93, é que atuou Comissão Permanente de Licitações.

As características e especificações técnicas exclusivas ocorreram sob justificativa técnica, sendo que no edital foi especificado que as marcas citadas nos projetos e especificações são apenas referências e que poderiam ser utilizados equipamentos equivalentes.

Ademais foi comprovado que a única marca habilitada no certame, pelas características específicas, era a única capaz de atender o objeto licitado, em razão da dificuldade de espaço do local em que foi implantado o sistema de ar condicionado.

[...]

Assevera-se que o espaço existente não comportava todo ou qualquer aparelho de ar **condicionado**, limitando naturalmente a concorrência: **não se poderia exigir que a Administração Pública reformasse seus prédios para permitir que qualquer aparelho de ar condicionado coubesse no espaço, por absurdo.**

Assim, a COPASA MG não elegeu marca, mas apresentou projeto para instalação das máquinas com o espaço exato existente. [...]

d) Ausência de justificativa para os índices contábeis exigidos no item 2.3 do edital (fls.141/142), multa no valor de R\$2.500,00:

Ao constar nos seus editais de licitação o documento que se convencionou chamar de “Anexo 3- Planilha de Cálculo de Situação Financeira de Empresas”, a COPASA MG o fez, objetivando apurar a boa situação financeira das empresas, de forma objetiva, de acordo com a Lei 8666/93, aplicando-se as seguintes regras:

1- Atribuição da pontuação maior ou igual a 4 para a nota geral:

O processo de avaliação de índices financeiros implantado pela Companhia tem por base as Demonstrações Financeiras de empresas pertencentes ao seu cadastro geral e foi desenvolvido a partir de estudos técnicos publicados no livro “Análise Financeira de Balanços”, de autoria do Professor Matarazzo, da Editora Atlas, capítulos 4 a 7, páginas 95 a 197.

[....]

O resultado desse estudo é conclusivo quanto a atribuição do conceito satisfatório e da pontuação mínima maior ou igual a 4, independente do sentido dos índices.

A Companhia realiza estudos específicos considerado o ramo de atividade e porte das empresas, o que faz com que os resultados obtidos pela quase totalidade das empresas cadastradas fiquem dentro do limite da nota 4, e conceito satisfatório, portanto, habilitadas para as contratações licitadas.

2- Atribuição de pesos aos índices financeiros

A atribuição de peso é dada em função da importância que cada índice financeiro possui no contexto em estudo.

No caso específico da Companhia, foi utilizado estudo de previsão de falências mencionado pelo Professor Matarazzo no mesmo livro acima referenciado, realizado no Brasil por diversos estudiosos, dentre eles é citado o estudo do Professor Stephen C.Kanitz, publicado no livro “Como prever falências”, pela editora McGraw-Hill do Brasil.

Segundo o Professor Matarazzo “espera-se de qualquer análise baseada num conjunto de índices que estes sejam capazes de distinguir as empresas saudáveis daquelas com as quais os negócios devem ser evitados”, do Livro Análise Financeira de Balanços, página 181, Editora Atlas.

Nessa esteira, tem-se por amparo legal a Lei 8666/93, in verbis:

*“Art.31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
§5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações da licitação.”*

Registra-se que não houve inabilitação em função dos índices financeiros e que os índices constantes do citado Anexo III são usuais em licitações, quais sejam, Estrutura de Capital, Liquidez Corrente e Liquidez Geral.

[...]

No entanto, como um procedimento licitatório envolve diversas unidades e pessoas, a COPASA MG pode ter cometido algum equívoco que levou ao errôneo entendimento dessa ilustre Corte de que não havia fundamentação quanto à escolha dos índices, mas, ainda assim, o momento apresenta-se como oportuno para o esclarecimento aqui realizado, com o consequente afastamento da condenação também quanto a este item.

e) Visita técnica em dia e hora marcados, item 1.1.1, fl.138, multa do valor de R\$2.500,00:

Referida exigência era absolutamente indispensável, pois todos os licitantes precisavam conhecer o local da obra, que possuía características específicas, para, só assim, conseguirem realizar suas propostas.

A visita, em dia e hora marcados, foi o entendimento jurisprudencial e doutrinário que prevaleceu no passado. Buscava conceder **tratamento isonômico a todos os licitantes**, pois garantia que os licitantes receberiam as mesmas informações. [...]

A visita técnica objetivou também reduzir custos para a Administração, que não precisaria manter um funcionário de prontidão para acompanhar a visita por diversas vezes, mas somente uma vez.

Atualmente, os Tribunais e a doutrina possuem entendimento contrário, ou seja, a visita deve ser livre. [...]

Se assim acontece, e, principalmente em razão de não haver na Lei 8.666/93 proibição de visita com hora marcada, tratando-se apenas de interpretação, a COPASA MG ou o denunciado não podem ser condenados por supostamente terem praticado ato com grave infração à norma legal, uma vez que a própria norma legal jamais proibiu expressamente a conduta praticada.

[...]

f) Exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita, multa no valor de R\$2.500,00:

Observa-se que, para casos de obras de engenharia de alta complexidade, como era o caso, a visita técnica deve ser realizada por engenheiro técnico da empresa licitante, sob pena de empresa enviar pessoa não habilitada e, posteriormente comprometer a própria execução contratual.

Trata-se, pois, de uma precaução da Administração para com seus licitantes, visto que se o contrato era de alta complexidade técnica e a vistoria é também fator decisivo para a correta elaboração da proposta.

A visita técnica por engenheiro que comprovadamente já realizou o mesmo tipo de obra, ou seja, com expertise técnica no acompanhamento da obra torna a etapa posterior de formulação de propostas mais firme e segura à Administração, bem como ao proponente que, previamente, procederá à análise acurada do objeto, evitando futuros impasses que poderiam causar transtornos à consecução do objeto.

[...]

Necessário também entender que, tendo a licitante o atestado comprovando sua capacidade técnica e operacional, nenhum prejuízo lhe é imposto ao se exigir que envie para o local da visita aquele profissional detentor do atestado.

[...]

Verifica-se, no entanto, tendo ocorrido alteração do entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre o assunto, a COPASA MG desde 2009, não mais faz constar esta exigência em seus editais.

g) Exigência de Regularidade e quitação junto ao CREA, item 1.2.3 do Anexo I do edital, fl.140, multa no valor de R\$2.500,00:

A exigência praticada pela COPASA MG buscou atender o art. 69 da Lei nº 5.194/1966 que regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, nos seguintes termos:

*“Só poderão ser admitidos nas concorrências públicas para obras ou serviços técnicos e para concursos de projetos, profissionais e pessoas jurídicas **que apresentarem prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional de Jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado.**”*

Verifica-se, assim, um conflito entre duas normas federais de mesma hierarquia, não sendo razoável punir o denunciado em razão de a COPASA MG ter cumprido uma das normas, não aplicando, por incompatibilidade, o art. 30, I da Lei 8.666/93. [...]

h) Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, subitem 1.2 do edital (fl.138/139), multa no valor de R\$2.500,00:

Nesta especificação, dentre outras exigências, consta as relativas à habilitação relativa a qualificação técnica (atestados de visita, atestados de capacidade técnico-profissional, atestado de capacidade técnico-Operacional, análise de conformidade e qualificação econômico-financeira).

[...]Com a devida vênia, percebe-se que o MPC e órgão julgador não entenderam o objeto da licitação aqui discutida.

Tratou-se de **serviço para implantação de sistema de ar condicionado que corre e é insuflado por dutos no piso dos prédios** (ao contrário da grande maioria dos sistemas, onde o ar condicionado é alocado no teto do prédio e o ar naturalmente desce até o piso).

Referido sistema requer a aplicação de técnicas absolutamente distintas daquelas envolvendo a instalação de ar condicionado no teto de prédios, como por exemplo a técnica para calibrar a quantidade de gás a ser insuflado em cada ponto do prédio, sob pena de alguns pontos ficarem com temperaturas muito baixas e outros com temperaturas elevadas.

Assim, a exigência de que a licitante tivesse experiência na execução de instalação de ar condicionado em piso elevado monolítico foi imprescindível para a seleção de empresa apta a entregar o objeto licitado. Caso as licitantes não demonstrassem a experiência com **instalação de ar condicionado em piso**, a execução do contrato dependeria do fator sorte, ou seja, a empresa vencedora poderia ou não conseguir cumprir o objeto da licitação, sendo o mais provável que não, uma vez que, até então, nunca havia executado este tipo de serviço.

[...]Registra-se, por oportuno, que a exigência técnica está amparada pelo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93 que prescreve necessária a “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinentes 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”.

l) Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado, multa no valor de R\$2.500,00:

[...]

Há de se observar, que ao contrário do entendimento do MPC, a exigência é absolutamente razoável, pois visa garantir à Administração Pública que contrate empresa realmente habilitada para a prestação do serviço ou execução da obra. No caso em tela, a dificuldade técnica da prestação do serviço conduzia a não permissão de somatório de atestados, pois a soma da execução de pequenas partes não seria igual, para o presente caso, da execução de obra inteira.

Tanto é assim, que esse próprio Tribunal de Contas publicou o edital de licitação nº 07/2015, Concorrência 01/2015 para execução de obra de ampliação do Edifício anexo II do TCE onde prevê no item 1.15.3.2: “Os quantitativos mínimos exigidos em cada situação deverão constar de **apenas 1 (um) único atestado**, não sendo admitidos somatórios de áreas para efeito de comprovação de qualificação técnica operacional.” (grifo apostro).

[...]

Se existiu interpretação diferente entre a COPASA MG e esse Tribunal de Contas, poderia o mesmo ter advertido a COPASA MG para alterar seu procedimento ou questionar o assunto no Judiciário, caso não concordasse. Mas, nunca condenar e multar o gestor, empregado da empresa ou a própria empresa, que agiram de acordo com a mais absoluta boa-fé-objetiva.

j) Vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos, subitem 10.3 (fl.116), multa no valor de R\$2.500,00:

Trata-se de critério eminentemente administrativo, não havendo na Lei 8.666/93 nada que impeça a COPASA MG de proibir o encaminhamento via correios. [...].

k) Vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no subitem 8.1.1 do Edital (fl.114), sem a devida justificativa, multa no valor de R\$2.500,00:

[...]

Veja-se que o Tribunal de Contas da União assim entende:

1- A participação de empresas em consórcio é apenas uma possibilidade. “Observe o art. 33 da Lei 8.666, de 1993, de modo que a formação de consórcios seja apenas uma possibilidade a ser admitida, ou não, em seus editais de licitações, abstendo-se de impor esse tipo de formação aos interessados”. Acórdão 1072/2005 Plenário.

2- A lei é suficientemente clara quando a prerrogativa discricionária do órgão contratante: “O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque, ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). [...]

A COPASA MG poucas vezes permite a participação de empresas em consórcio em seus empreendimentos, restringindo esta possibilidade apenas para os casos de serviços ou obra de natureza complexa. [...]

É certo que, de acordo com a lei, admitir ou não a participação em consórcio é escolha discricionária da Administração Pública. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

[...].

l) Vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente, item 15.6 do Edital (fl.119) multa no valor de R\$2.500,00:

A inclusão deste item no edital não impediu a participação de qualquer empresa licitante no certame, e por conseguinte, não trouxe prejuízo no futuro.

A propósito, a condição de não estar inadimplente não era impeditiva para participação no certame, mas apenas para assinatura do contrato, evitando-se, assim, a ocorrência de prejuízo no futuro.

IV- AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À DOSIMETRIA DAS MULTAS APLICADAS

[...]

O processo de fixação da pena se inicia pela mensuração, no caso concreto, das circunstâncias descritas no artigo 59 do Código Penal. Os critérios arrolados neste artigo orientam o julgador nesta primeira etapa da dosimetria da pena.

Embora o Código Penal se destine, em princípio, a regular questões criminais, serve o mesmo, também, como subsídio quando da aplicação de penas de caráter diversos, como multa administrativa ou multa aplicada pelos Tribunais de Contas. [...]

No caso concreto, o denunciado foi condenado à pena máxima de multa no valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) sem que houvesse qualquer fundamentação sobre como foi obtido o valor aplicado.

Por sua vez, como o próprio Órgão Técnico desse Tribunal reconheceu, não houve prejuízo a qualquer licitante ou dano ao erário público. Assim, razoável seria que esse e. Tribunal de Contas determinasse recomendações à COPASA MG e não aplicasse multa agravada ao máximo aos gestores ou empregados da Companhia.

Dessa forma, nula é a presente decisão em razão da ausência de fundamentação quanto à dosimetria da pena aplicada, no que assim requer seja reconhecida.

[...]

b) Razões de defesa do Sr. Maurício Gonçalves Soares (fl.01/39-Proc.969688).

O Sr. Maurício Gonçalves Soares, Gerente de Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais da COPASA MG, à época dos fatos, apresentou suas alegações às fls. 01/39 (proc. 969688), acompanhadas da documentação de fls. 40/186.

Considerando a identidade em alguns pontos, da defesa apresentada pelo referido gerente com a apresentada pela COPASA e pelo Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, transcreve-se, adiante, somente as razões específicas do defendente, e que não constaram na de fls. 01/24 do processo 969687, sem prejuízo dessas, não transcritas novamente (com o intuito de evitar transcrições repetidas), o beneficiarem, caso acolhidas:

III-PREJUDICIAL DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO

[...]

IV-MÉRITO: DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A COPASA MG é uma sociedade de economia mista do Estado de Minas Gerais que tem como finalidade prover soluções em abastecimento de água, esgotamento sanitário e resíduos sólidos. Atualmente, atende 634 municípios com serviços de abastecimento de água e 292 com serviços de esgotamento sanitário.

Seus empregados são contratados mediante concurso público e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e, como em qualquer relação de trabalho, têm que cumprir as determinações hierárquicas, bem como as Normas de Procedimentos da empresa.

DAS ATRIBUIÇÕES DA DIVISÃO DE LICITAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA- DVLI

Conforme a Norma de Procedimento da COPASA MG de nº 2001-006/1, vigente à época da presente licitação, compete à Unidade de Licitação de Obras e Serviços de Engenharia, a qual o Recorrente era o gerente à época:

[...]

Verifica-se que as atribuições da área são de cunho administrativo, não sendo de responsabilidade do denunciado a elaboração das exigências técnicas contidas no edital.

DA DEFINIÇÃO DAS RESPONSABILIDADES:

O Comunicado da Presidência da COPASA MG Nº 085 DE 18/07/2007, assinado pelo então Presidente da COPASA MG, anexo 1, determinou alterações no procedimento de contratação, destacando os seguintes itens:

“CONSIDERANDO:

2. A necessidade de se explicitar os responsáveis técnicos de cada processo licitatório;

RESOLVE:

1. O processo de acompanhamento de licitação deverá ser realizado por meio do formulário “Procedimento Licitatório de Obras, Serviços e Materiais”, anexo;

3. O gerente da unidade demanda e o respectivo superior hierárquico deverão atentar-se para que a descrição do objeto e os atestados exigidos não restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação;

Conforme consta no Anexo 2, a declaração abaixo foi assinada pelo Sr. João Batista Viana Cruz - responsável pela Especificação Técnica do edital de licitação DVLI. 1020090031.

“Declaração de Especificação Técnica e Atestados

Declaro, ciente das responsabilidades administrativas, civis e criminais, em especial aquelas estabelecidas. Na Lei nº 8.666/93, que a especificação técnica contida nos documentos que instruem o presente processo foi conferida por mim, encontrando-se dentro dos padrões técnicos exigíveis para a contratação desejada e sendo plenamente adequada à busca da proposta mais vantajosa para esta Companhia. Os atestados solicitados não contêm exigências excessivas, discriminatórias, capazes de ensejar restrição indevida da competição ou direcionamento do objeto licitado, representando as condições mínimas requeridas para a contratação de um fornecedor apto ao desempenho do objeto licitado e estão de acordo com as normas internas da Companhia.”

O Sr. João Batista Viana Cruz também foi o responsável técnico pela definição dos atestados de Capacidade Técnica bem como da Especificação Particular DVSAENG-001/2009 (anexo 3).

Nesta Especificação, dentre outras exigências, constam as relativas à habilitação afeta à qualificação técnica (atestados de visita, atestados de capacidade técnico-profissional, atestado de capacidade técnico-Operacional, análise de conformidade e qualificação econômico-financeira).

Por sua vez, conforme consta no Anexo 2, a declaração abaixo foi assinada pelo denunciado e pelo Procurador Jurídico da COPASA MG à época, José Veloso Medrado.

[...]

Também conforme consta no Anexo 2, a declaração abaixo foi assinada pela Presidente da Comissão de Licitação à época, Amélia Maria F. Reis Rios.

[...]

Também, conforme consta no Anexo 2, a declaração abaixo foi assinada pelo Procurador Jurídico da COPASA MG à época, José Veloso Medrado.

[...]

Por fim, a homologação do processo licitatório foi efetuada pelo Conselho de Administração da COPASA MG, conforme Anexo 4.

Por sua vez, a Presidência da COPASA MG, mediante Comunicado retratado no Anexo 5, nomeou os membros da Comissão Permanente de licitações com atribuição de processar e julgar as licitações realizadas no âmbito da Presidência- DPG/SPLC/DVLI.

DOCUMENTOS APROVADOS POR DIRETORES OU PRESIDENTE DA COPASA MG OU PELA SEPLAG DETERMINANDO PROCEDIMENTOS PARA AS LICITAÇÕES

A seu turno, a SEPLAG, MEDIANTE Ofício, anexo 6, encaminhado ao então Presidente da COPASA MG, Sr. Mauro Ricardo Machado Costa, determinou vários procedimentos a serem adotados pela COPASA MG em suas licitações, no que destacamos os relacionados com o presente Recurso:

[...]

Já o Anexo 7 trata-se de Documento aprovado pelo então Presidente da COPASA MG aprovando critérios de elaboração de atestados de capacidade técnica. Destaca-se a folha 14 do documento onde são regulamentados os critérios para visita técnica determinando que a visita seja realizada 05 (cinco) dias úteis antes da data da licitação.

Anexo 8: [...]

Anexo 9: [...] Norma de Procedimento da COPASA MG para contratação de obras e serviços de engenharia.

Assim, em razão dos documentos acima relacionados, fica demonstrado que a responsabilidade dos empregados da COPASA MG nos Procedimentos Licitatórios é limitada pelos gestores da empresa. [...]

Por outro lado, importa ressaltar que os empregados da COPASA MG não cumpriam ordens manifestamente ilegais.

DA APLICAÇÃO DAS MULTAS

O denunciado foi condenado a pagar multa em razão do art. 85, II da Lei Orgânica do Tribunal de Contas deste Estado, que prescreve:

[...]

Verifica-se, assim, que essa colenda Corte considerou que o denunciado agiu por 12 vezes (alíneas “a” a “i”) de forma gravemente contrária à norma legal.

1 INABILITAÇÃO DA DENUNCIANTE EM RAZÃO DA GARANTIA DE PROPOSTA, ITEM 5 DO ANEXO 1 DO EDITAL

Conforme o Anexo 10, o julgamento dos documentos de habilitação e propostas comerciais foi efetuado pela Comissão Permanente de Licitações nomeada pelo Diretor Presidente, conforme consta no documento denominado Anexo 5.

[...]

Assim, há de se concluir que nenhum empregado da COPAS MG, inclusive claro o denunciado, foi o agente que concorreu para o presente fato. Os empregados seguiram a determinação dos gestores da empresa, que, à época, agiam de acordo com o entendimento predominante nas Cortes de Contas e de Justiça, ou seja, cumprindo rigorosamente o que prescreviam os editais de licitação de acordo com o art. 41 da Lei 8.666/93.

[...]

2 INABILITAÇÃO NO QUE SE REFERE À CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL E TÉCNICO- OPERACIONAL, NOS TERMOS DO ITEM 1.2 DO ANEXO 1 DO EDITAL.

[...]

Desta forma, não deve o denunciado ser condenado em razão da alteração do entendimento jurisprudencial, passando da regra estrita de obediência severa às regras do edital, anteriormente adotada, para “ampliação do conceito de quadro permanente”

Há de se observar que até a doutrina citada no julgamento do presente processo, rodapé da pág. 8, refere-se à obra de Marçal Justen Filho edição de 2012, quando os fatos ocorreram em 2009!!

[...]

INABILITAÇÃO DA DENUNCIANTE POR NÃO ATENDER AO ITEM 1.3 DO ANEXO I DO EDITAL.

[...]

5- AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA OS ÍNDICES CONTÁBEIS EXIGIDOS NO ITEM 1.3 DO EDITAL (FLS.141/142)

[...]

6. VISITA TÉCNICA EM DIA E HORA MARCADOS, ITEM 1.1.1 DO EDITAL (FL138).

[...]

7. EXIGÊNCIA DE QUE PELO MENOS UM DOS ATESTADOS APRESENTADOS SEJA DO RESPONSÁVEL TÉCNICO QUE EFETUOU A VISITA.

[...]

8. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE JUNTO AO CREA, ITEM 1.2.3 DO ANEXO 1 EDITAL, (FL. 140).

[...]

9. EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVO MÍNIMO EM UM ÚNICO ATESTADO.
10. EXIGÊNCIA RELATIVA À EXECUÇÃO DO SERVIÇO, NA FASE DE HABILITAÇÃO, SUBITEM 1.2 DO EDITAL (FLS. 138/139).

Conforme previsto no Anexo 3, o responsável pela Especificação Particular foi o Sr. João Batista Viana Cruz que também foi o responsável técnico pela definição dos atestados de Capacitação Técnica, bem como da Especificação Particular DVSAENG-001/2009. Neste Especificação, dentre outras exigências consta as relativas à habilitação relativa à qualificação técnica (atestados de visita, atestados de capacidade técnico-profissional, atestado de capacidade técnico-Operacional, análise de conformidade e qualificação econômico-financeira).

[...]

11. VEDAÇÃO DE REMESSA DE PROPOSTA PELOS CORREOS OU OUTROS MEIOS CORRELATOS, SUBITEM 10.3 (FL.116).
12. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO, DISPUTA NO SUBITEM 8.1.1 DO EDITAL (FL.114) SEM A DEVIDA JUSTIFICATIVA

[...]

13. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA QUE ESTEJA INADIMPLENTE COM A ENTIDADE EM OUTROS CONTRATO AINDA VIGENTE, ITEM 15.6 DO EDITAL (FL.119)

[...]

V-INEXISTÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DE CRIME DE OPINIÃO

[...]

No entanto, é importante esclarecer que caso o denunciado seja condenado à pena de multa, o mesmo estaria sendo por CRIME DE OPINIÃO! Sim! Uma vez que a Lei 8.666/93 não estipula proibição na conduta praticada pela COPASA MG, a qual, diga-se de passagem, foi indevidamente imputada ao denunciado, **condená-lo seria por praticar uma interpretação da lei diferente da interpretação hoje vigente nesse egrégio Tribunal. Seria por um crime de interpretação! O que não existe no ordenamento jurídico brasileiro.**

Divergir não é ilícito, portanto, pode o denunciado ter a convicção que a sua interpretação está de acordo com a legislação!

Havendo razões justificáveis para a interpretação realizada pela COPASA MG, estampada muitas vezes, por decisões dos tribunais, exclui-se a vontade do agente, posto que ausente se encontra o dolo, independente de sua modalidade – seja ele eventual ou genérico

Neste sentido, o ordenamento nacional somente pune crimes de opinião quando atingem terceiros, como p. ex., crime de injúria. Não é legalmente possível estender a interpretação sobre crime de opinião para abarcar situações não previstas em lei, sob pena de infringir o Princípio da Legalidade.

VI- DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À DOSIMETRIA DA MULTA APLICADA

[...]

VII-DA APLICAÇÃO PELA COPASA MG QUANTO AO ENTENDIMENTO DO TCEMG SOBRE OS ITENS DISCUTIDOS NESSE PROCESSO

Importa informar, que, a COPASA MG, a partir do conhecimento, desses autos, do entendimento desse egrégio Tribunal quanto às matérias discutidas, passou a adotar, em suas licitações, a interpretação desse Tribunal sobre as matérias que não causam prejuízo à Administração Pública, alinhando assim seu entendimento com esse Tribunal.

É a síntese dos autos.

II - ANÁLISE TÉCNICA

Em cumprimento à decisão de fl. 28 (autos n. 969687), proferida pelo Exmo. Conselheiro Relator, esta Unidade Técnica passa a examinar os recursos interpostos.

1. Da alegação de prescrição

Pugnam os recorrentes pelo reconhecimento da prescrição punitiva deste Tribunal com o fundamento de que a presente Denúncia foi autuada em 31 de julho de 2009 (conforme fl. 700), tendo ocorrido transcurso de tempo superior a cinco anos. Argumentam, ainda, ser inconstitucional o art. 118 A da Lei Complementar 102/2008, que previu o prazo prescricional de 8 (oito) anos àqueles processos autuados até à data de 15 de dezembro de 2011.

De fato, o Ministério Público de Contas, no parecer de fls. 2804/2805, entendeu que o Art. 118-A, acrescentado à Lei Complementar 102/2008, viola o princípio constitucional da isonomia ao prever tratamento diferenciado a situações equivalentes, vez que agrava, com efeitos pretéritos à sua edição, o tratamento até então conferido aos jurisdicionados.

Quanto à questão, o Acórdão proferido por este Tribunal negou acolhimento às aludidas argumentações do MP, pelas razões, em síntese, adiantes transcritas:

“Já tive oportunidade de enfrentar a questão da aplicabilidade do inciso II do art. 118-A da Lei Complementar nº 102/2008 nos autos da Prestação de Contas nº 784.889 do Município de Guanhães, a qual foi apreciada na sessão da Primeira Câmara do dia 09/06/2014. Reproduzo aqui parte da fundamentação de meu voto para afastar a questão suscitada pelo Ministério Público de Contas:

Embora o §2º do art. 110-C da Lei Complementar nº 102/2008, acrescentado pela Lei Complementar nº 120/2011, disponha que, depois de interrompida a prescrição, o prazo recomeçará a contar do início, uma só vez, daí não se segue, como consequência lógica, que tal prazo seria o de cinco anos, como sustentou o MPC. Aqui a tarefa do exegeta não pode perder de vista a técnica adotada na elaboração da lei, a qual consistiu em tratar, em seções distintas, de um lado as causas interruptivas e as suspensivas da prescrição e, de outro, os prazos prescricionais. Na seção II do Capítulo II do Título V-A da referida lei, intitulada Dos Prazos da prescrição, também as hipóteses desse instituto foram previstas em artigos distintos e foi atribuída a cada uma delas um prazo específico. Em outras palavras: foram criados prazos distintos para as hipóteses também distintas de prescrição. Ora, a prescrição intercorrente estava originalmente prevista no art. 110-G da LC nº 120/2011, o qual foi vetado pelo Governador do Estado. Nas razões do veto, publicadas no Diário Oficial do Estado do dia 16/12/2011 (mensagem nº 169, de 15 de dezembro de 2011), pode-se verificar que o ato do Executivo teve por finalidade evitar que se desvirtuasse o tratamento dado ao instituto da prescrição no âmbito do Tribunal de Contas: motivou o veto o interesse público de evitar que a Corte se tomasse mero “homologador” do instituto. Assim, afigurou-se recomendável o veto porquanto a manutenção do dispositivo poderia até inviabilizar o poder-dever constitucional do controle externo.

Resultou desse ato a lacuna em relação ao prazo da prescrição intercorrente. O MPC manteve, entre a maioria de seus membros, o entendimento de que permanecia, em todos os casos o prazo entre a maioria de seus membros, o entendimento de eu permanecia, em todos os casos, o prazo de cinco anos. Já nos julgados do Tribunal buscou-se suprir a lacuna com as formas de integração admitidas no direito (nesse caso, a analogia), como se pode ver, exemplificada mente, no RO nº 849970, relatado pelo Conselheiro Gilberto Diniz na sessão do Pleno do dia 11/12/2013, quando se aplicou ao caso julgado a prescrição decenal prevista no art. 205 do Código Civil. Do que ficou dito, conclui-se que não é de inconstitucionalidade que aqui se trata ou de ação do Legislativo em ofensa aos princípios da segurança jurídica ou da irretroatividade da lei, quando estabeleceu na Lei Complementar nº 133/2014 o prazo

prescricional de oito anos, mas sim de atuação legítima que supriu lacuna resultante do cumprimento – ou desenvolvimento – regular do processo legislativo: o veto.

O Acórdão prossegue citando o disposto nos artigos 118-A da Lei complementar 102/2008, introduzida por meio da Lei Complementar 133, de 05/02/2014, com aplicabilidade aos processos autuados até 15 de dezembro de 2011.

Citando ainda as causas interruptivas da prescrição (previstas no art. 110-C do mesmo diploma legal), concluiu o acórdão:

Do exame dos autos, verifico que a autuação ocorreu em 31/07/2009, fl. 700, antes do transcurso de cinco anos dos fatos. Da mesma forma, não houve a paralisação do processo em um único setor nesta Corte por período de cinco anos ou mais, tampouco o período de 8 (oito) anos da distribuição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo.

Posto isto, afasto a alegação de inconstitucionalidade do art. 118-A, inciso II da Lei Orgânica desta Corte, e não verifico nenhuma das hipóteses descritas acima para a configuração da prescrição neste caso, razão pela qual rejeito a arguição da prescrição.

Analisando a questão, não obstante os judiciosos fundamentos constantes do Acórdão, entende esta Unidade Técnica que razão assiste aos recorrentes.

A Lei Complementar 102/2008, em sua redação anterior às alterações promovidas pelas Leis Complementares 120/2011 e 133/2014, assim estabelecia:

Art. 110-B. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas fica sujeita a prescrição, conforme o prazo fixado para cada situação. (artigo acrescentado pelo art. 9º da Lei Complementar nº 120, de 15/12/2011.)

Art. 110-C. São causas interruptivas da prescrição quaisquer atos do Tribunal de Contas que denotem o exercício de sua pretensão fiscalizatória.

§ 1º Consideram-se atos de exercício de pretensão fiscalizatória, para fins de interrupção da prescrição:

[...]

III – autuação de feito no Tribunal de Contas em virtude de obrigação imposta por lei ou ato normativo;

§ 2º Interrompida a prescrição da pretensão punitiva na ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no § 1º, o prazo recomeçará a contar, do início, uma única vez. (Artigo acrescentado pelo art. 9º da Lei Complementar nº 120, de 15/12/2011.) - grifo nosso.

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. (Artigo acrescentado pelo art. 9º da Lei Complementar nº 120, de 15/12/2011.)

Art. 110-F. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas prescreverá quando a paralisação da tramitação processual do feito, em um setor, ultrapasse o período de cinco anos. Parágrafo único. Os agentes que derem causa à paralisação injustificada poderão ficar sujeitos à aplicação de sanções mediante processo administrativo disciplinar, regulamentado em lei específica. (Artigo acrescentado pelo art. 9º da Lei Complementar nº 120, de 15/12/2011.)

A Lei Complementar 133, de 5/2/2014, acrescentou à Lei Orgânica desta casa, o seguinte dispositivo:

Art. 118-A. Para os processos que tenham sido autuados até 15 de dezembro de 2011, adotar-se-ão os prazos prescricionais de:

I – cinco anos, contados da ocorrência do fato até a primeira causa interruptiva da prescrição;

II – oito anos, contados da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo;

III – cinco anos, contados da prolação da primeira decisão de mérito recorrível até a prolação da decisão de mérito irrecorrível.

Parágrafo único. A pretensão punitiva do Tribunal de Contas para os processos a que se refere o caput prescreverá, também, quando a paralisação da tramitação processual do feito em um setor ultrapassar o período de cinco anos. (Grifos nossos)

Verifica-se que a regra então existente, antes da alteração promovida pela Lei Complementar 133, de 05/02/2014, previa o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, inclusive quando interrompida a prescrição, nos termos previsto no § 2º do Art. 110-C, conforme anteriormente transcrito.

Por sua vez, o disposto no inciso II do Artigo 118-A da Lei orgânica, ao estabelecer o prazo de oito anos, para a prescrição intercorrente para os processos autuados até 15 de dezembro de 2011, como é o caso dos presentes autos, agravou, com efeitos

pretéritos, o tratamento dado aos jurisdicionados, o que, salvo melhor juízo, afronta o princípio da Segurança Jurídica (art. 5, XXXVI, da CRF), além do princípio da isonomia (art. 5º, caput da CRF), tendo em vista o tratamento diferenciado em situações idênticas, como bem apontou o Parquet deste Tribunal.

Assim, considerando que a primeira causa interruptiva da prescrição (autuação dos autos ocorreu em 31/07/2009 - fl. 700 da denúncia), e a segunda causa, somente em 27/04/2015 (citação válida – fl. 2813 autos da denúncia), e considerando a inconstitucionalidade do inciso II do Art. 118-A, supratranscrito, forçoso reconhecer a ocorrência da prescrição quinquenal. Fica, portanto, ratificado o exposto no relatório técnico de fls. 2836/2839, onde esta unidade técnica opinou pela extinção do feito, nos termos do art. 110-J da Lei Complementar 102/2008, e pelo reconhecimento da pretensão punitiva deste Tribunal em relação aos ora defendentes.

Na hipótese desta Corte de Contas entender pela rejeição da prescrição, passa-se a fazer a análise das demais alegações das defesas.

2. Inabilitação da denunciante em razão da garantia de proposta, item 5 do anexo 1 do edital

Quanto à questão, os recorrentes argumentam que agiam de acordo com o entendimento predominante neste Tribunal de Contas e da Justiça, e que não há tipicidade na conduta do denunciado, visto não se amoldar à previsão do art. 85, II, da Lei Orgânica desta Casa.

Todavia, os referidos recorrentes não comprovaram as alegações. Verifica-se que o próprio acórdão, ora recorrido, se ampara em decisões jurisprudenciais deste e do Tribunal de Contas da União, contrárias as alegações da defesa, à fl. 2883. Também

não há de se falar em ausência de tipicidade com a Lei Orgânica deste Tribunal, tendo em vista a grave infração ao disposto no §2º do artigo 31 da Lei n. 8.666/93.

Quanto à alegação do **Sr. Maurício Gonçalves Soares**, de que o julgamento dos documentos de habilitação e propostas comerciais foi efetuado pela Comissão Permanente de Licitação da COPASA MG nomeada pelo Presidente da companhia, e que, como empregado, não teria concorrido para o fato, visto ter seguido determinação dos gestores, **não lhe assiste razão.**

Ao contrário do alegado pelo aludido recorrente, o Sr. Maurício Gonçalves Soares, na função de Gerente da Divisão de Licitações de Obras Serviços e Materiais –DVLI da COPASA MG, teve participação ativa nos procedimentos relativos à licitação em questão, conforme se verifica, a título de exemplo, às fls. 920, 925, 932, 933, 938, 941, 944, 947, 951, 2337, 2342, 2484. Portanto, não se trata de um simples empregado da companhia, mas de gestor responsável pelo setor e por diversas esclarecimentos prestados aos licitantes e à própria Comissão de Licitação.

3 Exigência de que o responsável técnico integre o quadro permanente da licitante, nos termos do item 1.2 do anexo i do edital

Da mesma forma não restou comprovado pelos recorrentes suas alegações de que o entendimento jurisprudencial, bem como a doutrina vigente à época da licitação, lhes era favorável. Aliás, em consulta à doutrina de Marçal Justen Filho, em obra¹ publicada em 2008, anteriormente, portanto, à licitação em questão (Concorrência Pública DVLI 1020090031) publicada em 29 de maio/2009 (fls.2597), assim já se posicionava o festejado doutrinador quanto à questão:

[...] A obra ou serviço de engenharia é contratada com uma certa pessoa jurídica. A responsabilidade técnica é de uma pessoa física – que pode ser

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos 12ª edição, Dialética, 2008, p.412

sócia, empregada **ou contratada pela empresa** que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia. (Grifo nosso)

Vê-se, assim, que ao contrário do alegado pelos recorrentes, à época da licitação, a doutrina já apontava pela interpretação mais abrangente da expressão “quadro permanente” prevista no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei 8.666/93.

No mesmo sentido, esta Corte de Contas já havia decidido, conforme autos da Representação 712424, em sessão realizada no dia 13/05/2008, como bem apontou o acórdão recorrido.

Isto posto, rejeita-se as alegações dos recursos quanto à questão.

4. Inabilitação da denunciante por não atender ao item 1.3 do anexo I do edital, diante da marca a ser contratada

Aduzem os recorrentes que as características e especificações técnicas exclusivas ocorreram sob justificativa técnica, e que o edital discriminou que as marcas citadas nos projetos e especificações são apenas referências. Asseveram que, diante da dificuldade de espaço, a única marca capaz de atender o objeto do certame era também a única habilitada pelas características específicas. Por fim, ressaltam ser inconcebível exigir que a COPASA MG reformasse seus prédios para permitir que qualquer aparelho de ar condicionado coubesse no espaço.

Os recorrentes insistem nas justificativas já apresentadas no processo. Todavia, conforme apontado por esta Unidade Técnica, fls. 2836/2839, “embora conste no item II.2 do edital do certame menção de que as marcas citadas nos projetos e especificações são apenas referências, e que poderiam ser utilizados equipamentos equivalentes, constatou-se que a própria empresa que elaborou o projeto reconheceu

que os desenhos se basearam nas dimensões características de um determinado fabricante.”.

Por sua vez, o art. 7º, §5º, da Lei 8.666/93, somente permite características e especificações exclusivas de determinado produto ou serviços somente de comprovada justificativa técnica. No caso em exame, não obstante os recorrentes afirmarem que as especificações constantes no edital ocorreram sob justificativa técnica, não foram apresentados estudos técnicos ou documentação que comprove este fato.

5. Ausência de justificativa para os índices contábeis exigidos no item 2.3 do edital

O Acórdão recorrido julgou irregular a ausência de justificativa de índices contábeis exigidos no certame, por inobservância ao §5 do art. 31 da Lei 8.666/93.

Quanto à questão, os recorrentes alegam que o fizeram de forma objetiva e de acordo com a Lei 8.666/93, e aplicando-se regras em que se considerou o ramo da atividade e porte das empresas, tendo por base as demonstrações financeiras de empresas pertencentes ao seu cadastro geral. Aduziram que, para a atribuição de pesos aos índices financeiros, foi utilizado estudo de previsão de falências mencionados pelo Professor Matarazzo, a partir de estudos técnicos publicados no livro “Análise Financeira de Balanços”, de autoria do referido autor.

Todavia, analisando os autos, verifica-se que as alegações dos recorrentes não restaram comprovadas para o caso específico da licitante em exame, tendo em vista a ausência de justificativa técnica para que a exigência constante no item 2.3 do edital.

Tanto a doutrina² quanto à jurisprudência³ tem reiterados entendimentos de que a exigência de índices contábeis diversos dos usuais devem ser justificados por estudos aprofundados que demonstrem a pertinência desses índices com o cumprimento das obrigações relativa à licitação.

Neste sentido, também foi o entendimento desta Corte de Contas⁴, quando do julgamento do Recurso Ordinário nº 808.260, em relação ao disposto no dispositivo legal ora em exame, cujos trechos do voto da Conselheira Relatora Adriene Andrade, se mostram oportuno transcrever:

Convém advertir que o ordenamento jurídico brasileiro consagrou o princípio da isonomia nas contratações com a Administração Pública, inadmitindo que a igualdade entre os concorrentes seja preterida em virtude de exigências que não sejam indispensáveis ao bom cumprimento do objeto, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988 [...]

O art. 3º da Lei n. 8.666/93 manteve-se fiel ao dispositivo constitucional, referindo-se aos princípios fundamentais disciplinadores da licitação, dentre os quais se destaca a regra que veda a adoção de cláusulas restritivas do caráter competitivo [...]

A irregularidade averiguada não pode ser considerada apenas falha formal, tratando-se de circunstância relevante apta a gerar a cominação de multa.

Assim, não tendo os recorrentes se desincumbido de demonstrar que as exigências de pontuação de, no mínimo, 4 (quatro), atribuída ao somatório dos índices de Estrutura de Capital, é de, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) de Disponibilidade Financeira Atual, previstas no edital do certame, opina esta Unidade Técnica pela manutenção da irregularidade apontada no Acórdão proferido por este Tribunal.

² NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação e Contrato e Contrato Administrativo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 407/408; Pereira Junior, Jessé Torres, Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública/ 8. Ed. Ver. Atual e ampl. R.J: Renovar, 2009, p.31;

³ Acórdãos n.s 170/2007-TCU-Plenário e 291/2007-TCUPlenário; TCU. Acórdão n. 2495-35/10-P. Sessão:22/09/2010. Rel. Min. José Múcio Monteiro;

⁴ Publicado na revista do tribunal de contas DO ESTADO de minas gerais, julho | agosto | setembro 2011 v. 80 — n. 3 — ano XXIX Relatora Conselheira Adriene Andrade.

6. Visita técnica em dia e hora marcados, e exigência de regularidade de quitação junto ao CREA, itens 1.1.1 e 1.2.3 do anexo I do edital,

O Acórdão entendeu que encontra fundamento a exigência prevista no Item 1.1.1, relativa à visita técnica em dia e hora marcados. Quanto ao Item 1.2.3, entendeu, porém, que somente é possível a exigência de inscrição na entidade profissional competente, sendo irregular a exigência de comprovação de regularidade junto ao CREA.

Os recorrentes justificaram a necessidade de exigência de visita técnica ao local, o que, no entanto, não foi apontada como irregular no Acórdão. Em relação ao Item 1.2.3, alegam os recorrentes que a exigência buscou atender o art. 69 da Lei 5.194/1966, que impõe a exigência de apresentação de prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional de Jurisdição nas concorrências públicas, aduzindo não ser razoável punir os responsáveis pelo descumprimento da referida norma, por incompatibilidade com o art. 30, I, da Lei 8.666/93.

De fato, estabelece o citado art. 69 da Lei Federal 5.194/1966:

Art. 69. Só poderão ser admitidos nas concorrências públicas para obras ou serviços técnicos e para concursos de projetos, profissionais e pessoas jurídicas que apresentarem prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional da jurisdição onde a obra, o serviço técnico ou projeto deva ser executado

Em que pese o referido dispositivo legal, como bem apontou o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, em seu relatório de fls. 2751/2783, dos autos da denúncia, a licitação não deve servir como instrumento para que as entidades profissionais exijam de seus filiados o pagamento de taxas ou unidades. Ademais, a referida exigência não interfere na aptidão da futura contratada, sendo irrelevante para a Administração contratante, conforme por diversas vezes já decidiu o Tribunal de Contas da União⁵.

⁵ Decisão 1.025/2001, Acórdão 1.708/2003-Plenário, Acórdão 806/2016- Plenário.

Portanto, improcedem as alegações dos recorrentes, mantendo-se a irregularidade em razão da citada exigência se encontrar em desacordo com o art. 30, I, da Lei 8.666/93.

7. Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, subitem 1.2 do edital

Estabeleceu o item 1.2 do edital do certame que os interessados deveriam apresentar, na documentação relativa à habilitação, atestados de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional que comprovassem a implantação de sistema de ar condicionado do tipo expansão direta com insuflação por entre piso tipo monolítico.

O Acórdão recorrido julgou irregular a exigência, por entender que extrapolou os limites impostos pela Lei de Licitações, afrontando o princípio da competitividade.

Os recorrentes alegam que o Ministério Público e o Julgador não entenderam o objeto da licitação. Segundo os recorrentes, trata-se de serviço para implantação de sistema de ar condicionado que corre e é insuflado por dutos no piso dos prédios. Justificam que o sistema, objeto da licitação, exige a aplicação de técnicas absolutamente distintas daquelas envolvendo a instalação de ar condicionado no teto, como ocorre com a grande maioria dos sistemas. Aduziram que por esta razão, a exigência de que a licitante tivesse experiência na execução de instalação de ar condicionado em piso fundamental.

Analisando a questão, verifica-se que, não obstante as razões apresentadas pelos recorrentes, a referida exigência na fase de habilitação do certame vai de encontro com o disposto no art. 37, XXI, da CRF, a art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93 e com os princípios da ampla competitividade e isonomia.

Também não procede a argumentação do Sr. Maurício Gonçalves Soares, Gerente de Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais da COPASA M.G., em suas razões recursais, de que o responsável pela especificação particular teria sido o Sr. João Batista Viana Cruz, conforme previsto no Anexo 3 do edital. Primeiro, pelo fato de que o referido recorrente sequer argumentou tal fato em suas razões de defesa (fls. 2826/2827), impossibilitando a análise desta área técnica quanto à pertinência ou não da alegação e possível inclusão do mencionado agente público no polo passivo do presente processo. Segundo, pelo fato de que o recorrente não se exime de responsabilidade, considerando sua participação ativa no procedimento licitatório em exame, conforme demonstrado no Item 1.2 deste relatório, além de suas atribuições de coordenação decorrente de seu cargo de gerência.

Assim, opina-se pela manutenção da irregularidade.

8. Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado

O Acórdão julgou irregular a exigência, diante da ausência de razoabilidade e sua injustificada natureza restritiva.

Argumentam os recorrentes que a exigência visou garantir à Administração Pública a contratação de empresa habilitada para a prestação do serviço, e que, no caso em tela, a dificuldade técnica da prestação do serviço conduzia a não permissão de somatório de atestados. Citou, ainda, o fato da mesma exigência ter constado do Edital de Licitação 07/2005 - Concorrência 01/2015, promovida por este Tribunal, relativa à execução de obra de ampliação do Edifício anexo II.

Quanto à questão, há vasta jurisprudência no Tribunal de Contas da União⁶ no sentido de que somente excepcionalmente, em razão da natureza dos serviços, se admitirá tal exigência restritiva. Deste mesmo entendimento, comunga esta Corte de Contas.⁷ No caso em espécie, diferente do alegado, a COPASA MG não comprovou a excepcionalidade para a exigência.

Quanto à menção à licitação promovida por esta Corte de Contas, entende-se que não serve de parâmetro, tendo em vista a disparidade do objeto licitado.

Opina-se, assim, pela manutenção da irregularidade.

9. Vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos, subitem 10.3.

Segundo o Acórdão recorrido, o referido item do edital é irregular, por se constituir em restrição injustificável ao caráter competitivo, considerando que a distância ou a impossibilidade de comparecimento por qualquer motivo da abertura da documentação resultaria na rejeição das propostas e vantagem aos licitantes locais, em detrimento às empresas localizadas mais distantes.

Os recorrentes argumentam que não há na Lei 8.666/93 nada que impeça a COPASA MG de proibir o encaminhamento via correios, sendo critério meramente administrativo.

Todavia, não procede a referida alegação.

⁶ Acórdãos nºs 1.678/2006, 1.636/2007, 597/2008, 1.694/2007, 2.150/2008, 342/2012, todos do Plenário. Acórdão n.º 1865/2012-Plenário, TC-015.018/2010-5, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 18.7.2012. Acórdão nº 2.088/2004m Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues

⁷ Decisão nº 748.335, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrade, Sessão dia 22/04/2008;

A restrição imposta viola o disposto no art. 30, § 5º, da Lei de Licitações, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁸

10. Vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no subitem 8.1.1 do Edital, sem a devida justificativa

Entendeu o Acórdão deste Tribunal que, embora seja discricionária a decisão da Administração a escolha, deve ser precedida das devidas justificativas, o que não teria ocorrido no caso.

Os recorrentes alegam, mais uma vez, que a vedação se deve em razão da natureza (complexidade) dos serviços licitados.

Porém, não se desincumbiram os recorrentes de comprovarem o alegado, tendo em vista que, nos termos do art. 33 da Lei 8.666/93, a escolha deverá ser precedida de justificativas, o que não ocorreu no certame em análise. Improcede, assim, o pedido recursal também neste ponto.

11. Vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente, item 15.6 do Edital

O Acórdão acolheu os apontamentos do Ministério Público de Contas no sentido de ser ilegal e ilegítimo condicionar a celebração de um novo contrato à fiel execução de contrato anterior.

⁸ Decisão nº 653/96, Plenário, Rel. Min. Iram Saraiva. DOU de 04/11/1996 pag. 22.684; Acórdão n. 1.522/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo

Argumentam os recorrentes que este item não impediu a participação de qualquer licitante, e não era impeditiva para a participação do certame, e, sim, para a assinatura do contrato.

Estabeleceu o Item 15.6 do Edital em análise: “Não poderão assinar contrato com a COPASA MG as empresas que, tendo outro (s) contrato (s) em vigor com a COPASA MG estiverem inadimplentes com relação à execução desse(s) contrato(s)”

Analisando a questão, verifica-se que a referida condição imposta no edital, da forma genérica como foi inserida, não possui amparo legal, visto que extrapola as hipóteses de sanções administrativas previstas na Lei 8.666/93, notadamente nos artigos 7, 46, 87 e 88, que suspendem ou impedem a participação ou contratação com a Administração, em todos os casos, respeitados o devido contraditório em procedimentos próprios.

12. Inexistência No Ordenamento Jurídico Brasileiro De Crime De Opinião

O Sr. Maurício Gonçalves Soares, em suas razões recursais, alega que, considerando que a Lei 8.666/93 não veda as condutas praticadas pela COPASA MG, as quais foram a ele imputadas, a condenação de multas pelo fato de interpretação da lei de forma diferente seria o mesmo que condená-lo por crime de opinião ou de interpretação.

Não procede a argumentação. Não se pode confundir a livre manifestação de pensamentos ou de opinião, garantidos pelo art. 5º, IV, da Carta Magna com divergência de interpretação doutrinária ou da Lei.

No processo em exame, não restou demonstrado pelo recorrente sequer divergência doutrinária em relação às questões abordadas, que resultaram nas sanções aplicadas por esta corte. Evidentemente, se restassem comprovadas teses razoáveis e fundamentadas favoráveis ao entendimento da COPASA MG, sem dúvida que este fato

deveria ser considerado por esta Corte como atenuantes ou excludentes da responsabilidade, o que não foi o caso, salvo melhor juízo.

13. Ausência de fundamentação quanto à dosimetria das multas aplicadas

Os recorrentes requererem a nulidade da decisão em razão da ausência de fundamentação quanto à dosimetria da pena a eles aplicada. Argumentam, ainda, que no caso, o denunciado foi condenado à pena máxima de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), sendo que o próprio órgão técnico deste Tribunal reconheceu a ausência de prejuízos aos licitantes, ou dano ao erário público.

Analisando a questão, entende esta Unidade Técnica que parcial razão assiste aos recorrentes.

Estabelece o Regimento Interno desta Casa (Resolução 12/2008):

Art. 317. A multa será aplicada de forma individual, a cada agente que tiver concorrido para o fato, sendo o seu pagamento de responsabilidade pessoal dos infratores.

Parágrafo único. A decisão que determinar a aplicação de multa definirá as responsabilidades individuais.

Art. 318. **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:

I - até 100% (cem por cento), por contas julgadas irregulares;

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 (grifo nosso).

Observa-se do Acórdão que, para cada uma das irregularidades do edital do certam, foi arbitrada multa no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com exceção da inabilitação da denunciante, por não atender ao Item 1.3 do Anexo I do edital, diante da indicação da marca a ser contratada, a qual foi arbitrada a multa de R\$7.500,00 (sete

mil e quinhentos reais), totalizando a pena máxima de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), prevista no caput do Art. 318 do referido regimento.

Não é caso de nulidade, visto que fundamentada e aplicadas as sanções de forma individual a cada irregularidade.

Todavia, entende esta Unidade Técnica, salvo melhor juízo, que, em razão da ausência de dano ao erário e de comprovação de má fé por parte dos recorrentes, bem como o fato de que a COPASA MG ter passado a adotar em suas licitações o entendimento constante do Acórdão, merecem ser atenuadas as sanções aplicadas, tendo em vista que lhe foram aplicadas a penalidade máxima. O referido valor, no entanto, deverá ser arbitrado pelo julgador, quando do julgamento deste recurso.

2 - CONCLUSÃO

Pelos fatos e fundamentos expostos, esta Unidade Técnica opina:

- a) Pela extinção do feito, nos termos do art. 110-J da Lei Complementar 102/2008, e pelo reconhecimento da pretensão punitiva deste Tribunal em relação aos recorrentes, em razão da prescrição;
- b) Ultrapassada a prejudicial de mérito acima, pelo **parcial provimento do recurso**, apenas para que sejam consideradas as atenuantes em favor dos recorrentes na dosimetria das penas a eles aplicadas.

À consideração superior,

2ª CFE/DCEE, em 14 de abril de 2016.

Claudio Marcio de Souza Rexende
Analista de Controle Externo – TC-2279-6



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DO ESTADO
2ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado

RECURSOS ORDINÁRIOS 969687 e 969688

ANO: 2016

**PROCEDÊNCIA: COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS –COPASA
MG**

**RECORRENTES: COPASA/MG; MÁRCIO AUGUSTO VASCONCELOS NUNES e
MAURÍCIO GONÇALVES SOARES**

ACORDÃO: 2ª Câmara.

PILOTO: Denúncia 801288

De acordo com o exame técnico de fl. ____ a ____.

Em 15 de abril de 2016, remeto este processo
ao Ministério Público de Contas

Regina Leticia Olimaco Cunha
Coordenadora da 2ª CFE - TC-813-1