

RECURSOS ORDINÁRIOS N. 969687 E 969688

Recorrentes: Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA, Márcio Augusto Vasconcelos Nunes (RO n. 969687), Maurício Gonçalves Soares (RO n. 969688)

Processo referente: Denúncia n. **801288**

Procuradores: Gustavo Reis Aragão Rodrigues - OAB/MG 72.567, Márcia Antonieta Cruz Trigueiro - OAB/MG 72.859, Brígida Bueno Maiolini - OAB/MG 70.714, Luiz Fernando Pereira - OAB/PR 22.076, Fernando Vernalha Guimarães - OAB/PR 20.738, Luciano Vernalha Guimarães - OAB/PR 40.919, Alceu Preisner Júnior - OAB/PR 37.979, Dayana Sandri Dallabrida - OAB/PR 41.297, Leonardo Siqueira - OAB/MG 89.781, Ana Paula Miranda Silva Siqueira - OAB/MG 81.638, Lucas Sobreira Álvares Correa - OAB/MG 114.095, Moisés Jorge Sarsur Neto - OAB/MG 118.244, Priscila Cristovam Gonçalves Gregório da Silva - OAB/MG 113.152, Stéfano Peluso - OAB/MG 25.656E, José Veloso Medrado - OAB/MG 43.902, Adlei Duarte de Carvalho - OAB/MG 72.958, Célson Alencar Soares Teixeira - OAB/MG 43.406, Alessandra Guimarães Rocha - OAB/MG 90.498, Adriano Lúcio dos Santos - OAB/MG 62.633, Ângelo Barletta Neto - OAB/MG 85.521, Antônio Macedo Filho - OAB/MG 75.113, Deneth Boanerges Souza Ribeiro - OAB/MG 70.978, Evandro Generoso - OAB/MG 49.872, Ellen Cristina Amaral Melgaço - OAB/MG 107.863, Eleazar Araújo de Carvalho - OAB/MG 94.587, Cybele Cristina de Almeida Alves - OAB/MG 81.722, Viviane Rodrigues Cardoso - OAB/MG 108.995, Marília da Silva Engel - OAB/MG 130.959 e outros

MPTC: Elke Andrade Soares de Moura

RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. PREJUDICIAIS DE MÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE. REJEIÇÃO. PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO. MÉRITO. PROVIMENTO PARCIAL. DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DAS MULTAS. DOSIMETRIA DA PENA. ALTERAÇÃO DO VALOR DAS MULTAS APLICADAS SOBRE AS IRREGULARIDADES REMANESCENTES. RECOMENDAÇÕES.

1. Impõe-se a rejeição da preliminar de inconstitucionalidade do art. 118-A da Lei Complementar n. 102/2008, uma vez que as normas estão de acordo com aquelas que lhe são hierarquicamente superiores, o que caracteriza sua constitucionalidade.

2. Em relação aos processos autuados até 15/12/2011, a Lei Complementar n. 133/2014, ao inserir o art. 118-A na Lei Orgânica, previu o prazo prescricional de oito anos, contados da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição até a primeira decisão de mérito recorrível.

3. Como exceção à regra, é possível estabelecer, justificadamente, que a habilitação das empresas que detivessem equipamento que fosse compatível com o espaço disponível seria aceita e não há indícios de restrição da competitividade com marca específica.
4. A especificidade do objeto, excepcionalmente, permite a exigência prevista na fase de habilitação de que os interessados deveriam apresentar atestados de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional, conforme descrito no subitem 1.2 do edital.
5. Em regra, a imposição de quantitativo mínimo em um único atestado restringe o caráter competitivo da licitação, contudo, diante do caso concreto, a especificidade da exigência deve ser expressamente justificada nos autos do processo licitatório.
6. A participação de empresas reunidas em consórcio em licitações constitui uma exceção à regra, pois só é cabível naqueles casos em que, individualmente, as empresas interessadas em participar de uma licitação não são capazes de executar seu objeto. Quando a complexidade do objeto, aliada ao grande vulto envolvido, ensejam a reunião de pequenas empresas com vistas à execução do objeto, aí sim seria o caso de se permitir a participação de consórcio.
7. De acordo com o artigo 89 da Lei Complementar nº 102/2008, “Na fixação da multa, o Tribunal considerará, entre outras circunstâncias, a gravidade da falta, o grau de instrução do servidor e sua qualificação funcional.”

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

16ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 14/06/2017

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos dos Recursos Ordinários n. 969687 e n. 969688, interpostos, o primeiro, pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA e pelo Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, e, o segundo recurso, pelo Sr. Maurício Gonçalves Soares, visando à reforma da decisão proferida pela Segunda Câmara deste Tribunal de Contas em 05/11/2015, nos autos da Denúncia n. 801288, que julgou parcialmente procedente a denúncia e aplicou multa individual aos responsáveis no montante de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), tendo em vista as irregularidades constatadas relativas à Concorrência Pública DVLI 1020090031.

As razões do Recurso de n. 969687 foram acostadas às fls. 01 a 24, tendo os recorrentes suscitado, em resumo: preliminarmente, que resta configurada a prescrição, sendo arguida a inconstitucionalidade do art. 118-A da Lei Complementar n. 102/2008; bem como apresentado argumentos para justificar os apontamentos relativos à inabilitação da denunciante em razão da garantia da proposta, à exigência de que o responsável técnico integre o quadro permanente da licitante, à inabilitação da denunciante por não atender ao Item 1.3 do Anexo I do Edital, à ausência de justificativa para os índices contábeis exigidos, à visita técnica em dia e hora marcados, à exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita, à exigência de Regularidade e quitação junto ao CREA, à exigência relativa à execução do serviço na fase de habilitação, à exigência de quantitativo mínimo em um único atestado, à vedação de remessa de proposta pelos correios ou outros meios correlatos, à vedação à participação de empresas em consórcio, à vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente; e, à ausência de fundamentação quanto à dosimetria das multas aplicadas.

As razões recursais do Recurso de n. 969688 foram acostadas às fls. 01 a 39, juntamente com a documentação de fls. 40 a 186, tendo o Recorrente, além do acima exposto, oferecido argumentos para demonstrar a ausência de sua responsabilidade para a ocorrência dos atos tidos como irregulares entendendo que a responsabilidade dos empregados da COPASA nos procedimentos licitatórios é limitada pelos gestores da empresa; bem como entende que não praticou ilícito, sob argumento que foi questão de interpretação.

Os autos de ambos os Recursos foram apensados à Denúncia n. 801288.

Por meio do despacho de fls. 28 e 28-v, o Relator recebeu os Recursos e encaminhou os autos à Unidade Técnica, que elaborou o exame de fls. 29 a 44-v, cuja conclusão é a seguinte, *in verbis*:

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;

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.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas elaborou Parecer, às fls. 46 a 48, assim concluindo, *in verbis*:

Diante do exposto, entende este *Parquet* que os presentes recursos merecem ser admitidos, haja vista a legitimidade das partes e que se mostram próprios e tempestivos, bem como providos, para que seja reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva dessa Corte de Contas, revogando-se a decisão recorrida e extinguindo-se o feito, nos termos do art. 110-J da Lei Complementar 102/2008, restando, consequentemente, extintas as multas individuais aplicadas aos recorrentes, no importe de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar – Admissibilidade

Em razão da semelhança dos argumentos e da identidade do objeto, os recursos serão analisados em conjunto

Presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 329 c/c 335 da Resolução n. 12/2008, conheço dos recursos.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Conheço.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, por motivo de foro íntimo superveniente à decisão que está sendo agora tratada em grau de recurso, declaro a minha suspeição para participar do julgamento dos recursos.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:
Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:
ADMITIDO O RECURSO, POR UNANIMIDADE. DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO
CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Da Prejudicial de Mérito

A COPASA e o Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, às fls. 1 a 24 dos autos do Recurso n. 969687, insurgiram-se contra a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais no Acórdão de fls. 2865/2875, dos autos da Denúncia n. 801288, que, na sessão da Segunda Câmara do dia 05/11/2015, condenou os recorrentes ao pagamento de multa de R\$35.000,00. O Sr. Maurício Gonçalves Soares apresentou seu inconformismo às fls. 1 a 39 dos autos do Recurso n. 969688 contra a mesma decisão do TCEMG. Inicialmente, argumentaram pela prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, alegando:

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).
[...]

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 à fl. 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 n. 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 recorível até a prolação da decisão de mérito irrecorível.

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.

Com efeito, a prescrição existe em matérias pertinentes à Administração Pública, como se depreende, por exemplo, do § 5º do art. 37 da Constituição da República: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. No entanto, o comando constitucional reserva à lei o estabelecimento dos prazos de prescrição para ilícitos prejudiciais ao erário praticados por quaisquer agentes, ressalvando, porém, “as respectivas ações de ressarcimento”.

Com a edição das Leis Complementares n. 120, de 15/12/2011, e n. 133, de 05/02/2014, foram acrescentadas à Lei Complementar n. 102, de 2008, diversas regras sobre prescrição da pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que estão sendo aplicadas desde então.

A questão trazida pelos recorrentes da suposta inconstitucionalidade do inciso II do art. 118-A da Lei Complementar n. 102/2008 já foi examinada em diversos processos¹ neste Tribunal, sendo superada em todos eles.

Registro que o Projeto de Lei Complementar n. 8/2011, que originou a Lei Complementar n. 120/2011, ao ser submetido à apreciação do Poder Executivo, previa, no art. 110-G, uma terceira hipótese ensejadora de prescrição, correspondente ao prazo de cinco anos contados do primeiro marco interruptivo da prescrição até o trânsito em julgado da decisão de mérito. No entanto, o Poder Executivo vetou a redação do art. 110-G, de forma que ficou uma lacuna na Lei Orgânica deste Tribunal quanto à regulamentação da prescrição no período entre o primeiro marco interruptivo e a decisão de mérito irrecorrível, lacuna que foi suprida com a edição da Lei Complementar n. 133/2014.

Em relação aos processos atuados até 15/12/2011, hipótese em que se enquadra o caso em análise, a Lei Complementar n. 133/2014, ao inserir o art. 118-A na Lei Orgânica, previu o prazo prescricional de oito anos, contados da ocorrência da primeira causa interruptiva da prescrição até a primeira decisão de mérito recorrível.

¹ Prestação de Contas n. 784889, apreciada na sessão da Primeira Câmara do dia 09/06/2014, da Relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila.

Recurso Ordinário n. 849970, relatado pelo Conselheiro Gilberto Diniz, na sessão do Pleno do dia 11/12/2013.

Denúncia n. 838595, apreciada na sessão de 05/07/2016, da relatoria da Conselheira Adriene Andrade.

Recursos Ordinários n. 838.834 e n. 924.171, apreciados na sessão do dia 13/08/2014, ambos de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão.

Denúncia n. 838078, apreciada na sessão do dia 28/06/2016, da relatoria do Conselheiro Mauri Torres.

Nesse sentido, a primeira causa interruptiva da prescrição ocorreu em 31/07/2009 (data de autuação da Denúncia n. 801288), antes do transcurso de cinco anos dos fatos. Da mesma forma, não houve paralisação da Denúncia em um único setor neste Tribunal por cinco anos, tampouco transcorreu o período de oito anos da distribuição até a primeira decisão de mérito recorrível proferida no processo.

Por essas razões, entendo que as irregularidades objetos da Denúncia n. 801288 não foram atingidas pela prescrição da pretensão punitiva do Tribunal em divergência da posição do Órgão Técnico e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Assim, afasto a alegação da inconstitucionalidade do art. 118-A da Lei Complementar n. 102/2008, rejeito a arguição de prescrição feita pelos recorrentes e o pedido de extinção do feito com resolução de mérito nos termos do art. 110-J da Lei Complementar n. 102/2008.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Com o Relator.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

AFASTADA A PREJUDICIAL DE MÉRITO, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Do Mérito

Superada a questão preliminar, passo ao exame do mérito e enuncio as irregularidades apontadas no acórdão recorrido e sujeitas às multas aplicadas.

1. Inabilitação da Denunciante em razão da garantia da proposta, item 5 do Anexo 1 do edital

Os recorrentes argumentaram que agiram de acordo com o entendimento predominante neste Tribunal de Contas e no Tribunal de Justiça, e que não houve tipicidade na conduta do denunciado, visto não se amoldar à previsão do art. 85, II, da Lei Orgânica desta Casa.

Os recorrentes alegaram que se mantiveram expressamente fiéis ao edital, que, por sua vez, estabelecia a caução acumulada com o capital social ou patrimônio líquido para a habilitação do licitante. Informaram que, a partir de 2010, não mais incluíram no edital a medida atacada na Denúncia n. 801288.

Verifico que o próprio acórdão recorrido se ampara em decisões jurisprudenciais deste Tribunal de Contas e do Tribunal de Contas da União, contrárias às alegações da defesa, à fl. 2883 da Denúncia. Também não há de se falar em ausência de tipicidade com a Lei Orgânica deste Tribunal, tendo em vista que foi cometida a infração ao disposto no § 2º do artigo 31 da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 31 [...]

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

O § 2º do art. 31 da Lei de Licitações prevê três opções para o administrador. As alternativas estão ligadas pelo conectivo “ou” que é exclusivo, ou seja, a escolha de uma, exclui as demais. Assim, quando o administrador escolhe uma opção, afasta as outras duas. A Lei prevê a escolha de uma entre três opções, escolher mais do que isso é dificultar a participação do licitante, prevendo uma regra de habilitação mais severa do que a lei requer.

Discordo da afirmação dos recorrentes de que agiram em conformidade com o entendimento predominante neste Tribunal de Contas e no Tribunal de Justiça. O TCEMG já decidiu nesse sentido no Processo n.703633, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, na sessão do dia 18/10/2005: *“(...) a exigência contida no edital de cumulação de capital social mínimo ou patrimônio líquido e garantia de propostas contraria o art. 31, §2º, da Lei 8.666/93, e, ainda, restringe a ampla participação.”* O Tribunal de Contas da União entende que *“As exigências editalícias devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame.”*

Considero improcedente a alegação do Sr. Maurício Gonçalves Soares de que o julgamento dos documentos de habilitação e das propostas comerciais foi efetuado pela Comissão Permanente de Licitação da COPASA nomeada pelo Presidente da Companhia, e que não teria concorrido para o fato, visto ter seguido determinação dos gestores.

Na função de Gerente da Divisão de Licitações de Obras Serviços e Materiais – DVLI da COPASA, o Sr. Maurício Gonçalves Soares teve participação ativa nos procedimentos relativos à licitação em questão, conforme se verifica a sua assinatura nos documentos de fls. 919 e 920 (comunicação de visita 05/02/2009), 925 (comunicação interna 13/02/2009), 929 (comunicação interna 26/02/2009), 932 (comunicação interna 26/02/2009), 933 (esclarecimento ao edital 26/02/2009), 938 (comunicação interna 03/03/2009), 941 (esclarecimento ao edital 04/03/2009), 944 (comunicado 26/02/2009), 947 (comunicado 04/03/2009), 950/951 (esclarecimento ao edital 16/03/2009), 2331/2337 (resposta à impugnação do edital 13/03/2009), 2484 (comunicado de valor de caução de proposta 20/03/2009). Portanto, resta evidente que o Sr. Maurício Gonçalves Soares era o gestor responsável pelo setor.

Quanto à alegação dos recorrentes de que, a partir de 2010, a COPASA não mais infringiu o § 2º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993, tal afirmativa não afasta a irregularidade constante no edital do ano de 2009.

Portanto, as irregularidades permaneceram, razão pela qual a cominação da multa prevista no acórdão recorrido deve ser mantida.

2. Exigência de que o responsável técnico integre o quadro permanente da licitante, nos termos do item 1.2 do Anexo I do edital

Do mesmo modo, não lhes assiste razão de que o entendimento jurisprudencial, bem como a doutrina vigente à época da licitação, lhes era favorável. Marçal Justen Filho, em obra publicada em 2008, anteriormente, portanto, à Concorrência Pública DVLI 1020090031, de 2009, assim entendia 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 sócia, empregada ou contratada pela empresa que participa da contratação para execução da obra ou serviço de engenharia.

Destarte, ao contrário do alegado pelos recorrentes, à época da licitação, a doutrina já interpretava de forma mais abrangente a expressão “quadro permanente” prevista no inciso I do § 1º do art. 30 da Lei n. 8.666/93.

No mesmo sentido, este Tribunal de Contas já havia decidido, conforme a Representação n. 712424, em sessão do dia 13/05/2008, como bem apontou o acórdão recorrido.

Desse modo, considerando que as razões apresentadas não afastaram a irregularidade, mantém-se a multa aplicada.

3. Inabilitação da Denunciante por não atender ao item 1.3 do Anexo I do edital, diante da marca a ser contratada

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

Entendo que, nesse aspecto, assiste razão aos recorrentes. Conforme concluiu a Unidade Técnica, na sua análise de fls. 2787 a 2802 na Denúncia, Processo n. 801288, a COPASA deveria comprovar que a referida marca HITACHI, por suas características específicas, era a única capaz de atender o objeto licitado, em razão da alegada dificuldade de espaço do prédio no qual foi implantado o sistema de ar condicionado.

Citados os responsáveis, apresentaram defesas de fls. 2817 a 2825 e fls. 2826 a 2833, nos autos da Denúncia n. 801288, nas quais justificaram:

O insuflamento do ar gelado é feito por dutos que passam por dentro dos shafts, sendo que estes ficam entre duas vigas paralelas, como pode ser visto nas fotos anexas.

As máquinas precisam ficar entre as citadas vigas para viabilizar a operação de insuflamento.

Isto posto, o equívoco está em inferir que o projeto é que tomou por base as dimensões do equipamento, quando o ocorrido é que o equipamento possui compatibilidade com as características construtivas do prédio.

De fato, verifico, nas fotos apresentadas pelos recorrentes, que as vigas mencionadas delimitam o espaço que é ocupado pelo equipamento. O art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/1993, permite características e especificações exclusivas de determinado produto ou serviços somente depois de comprovada justificativa técnica.

No caso sob exame, os recorrentes afirmaram que o espaço existente não comportava todo e qualquer aparelho de ar condicionado. Constato que a COPASA não elegeu marca, mas apresentou projeto para a instalação das máquinas no espaço físico existente, o aparelho de ar condicionado que lá coubesse faria com que a empresa detentora do equipamento estivesse habilitada para o certame.

Realmente, o item 1.3 do Anexo I do edital, à fl. 140 da Denúncia n. 801288, reporta-se ao anexo 5 – Listagem para Análise de Conformidade, à fl. 197, que, por sua vez, menciona a marca HITACHI. Entretanto, no mesmo documento consta a seguinte observação:

As marcas citadas nos projetos e especificações são apenas de referência, podendo ser utilizados equipamentos equivalentes, devidamente comprovadas as suas características operacionais e de funcionamento.

E mais, foi justificado que “a inabilitação da empresa denunciante ocorreu por insuficiência das informações sobre os produtos a serem ofertados”, à fl. 2827 da Denúncia n. 801288. Assim, se o licitante detentor de equipamento com marca diferente tivesse justificado e apresentado comprovação que o seu equipamento também se adequaria ao espaço do prédio da COPASA, poderia ter sido habilitado. No caso concreto não foi o que aconteceu.

Em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, constato que a Ação Judicial n. 0024095886511, interposta perante a 3ª Vara da Fazenda Estadual pelas empresas inabilitadas no certame, uma delas autora da Denúncia n. 801288, Damiani Soluções de Engenharia Ltda., foi extinta e arquivada em 29/03/2012, por desistência do autor.

Com fulcro no princípio da razoabilidade, considero que os recorrentes apresentaram argumento suficiente para justificar a opção da COPASA em aceitar a habilitação das empresas que detivessem equipamento que fosse compatível com o espaço disponível e não há indícios de restrição da competitividade com marca específica.

Portanto, acolho as razões apresentadas pelos recorrentes quanto ao referido apontamento, retiro a multa de R\$7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) e recomendo aos atuais gestores que quando realizarem contratação com objeto semelhante aos desses autos, observem os dispositivos da Lei de Licitações e tratem o caso como exceção à regra, especialmente, que seja apresentada a justificativa técnica na contratação de produto ou serviços com características e especificações exclusivas, nos termos do art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/1993.

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

O acórdão recorrido julgou irregular a ausência de devida justificativa para os índices contábeis exigidos no certame, por inobservância ao § 5º do art. 31 da Lei 8.666/1993, *in verbis*:

§ 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 correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Os recorrentes alegaram que o fizeram de forma objetiva e de acordo com a Lei n. 8.666/1993, aplicando 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, verifico que, mais uma vez, as alegações não ficaram comprovadas, tendo em vista a ausência de justificativa técnica para que a exigência constante no item 2.3 do edital. Foram usados os índices financeiros do Professor Matarazzo, mas, como tais índices eram mais gravosos do que os habitualmente utilizados contrariaram a norma contida no § 5º do art. 31, acima transcrito.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido 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 relativas à licitação.

Este Tribunal de Contas já decidiu no mesmo sentido na Denúncia n. 812377, da relatoria do Conselheiro José Alves Viana, na sessão do dia 04/02/2016:

Não é função dos índices contábeis avaliar viabilidade ou inviabilidade do empreendimento. Cabe destacar, primeiramente, que os índices contábeis são como uma fotografia da situação de uma dada empresa, em um dado momento. Não há garantia para a Administração de que a solidez exigida pelos índices e comprovada durante o certame será mantida no decorrer da contratação. Para a utilização de índices superiores aos usuais deve existir justificativa plausível da Administração Pública, sob pena de cerceamento da participação dos licitantes e ofensa à finalidade da licitação que consiste em obter o maior número de concorrentes possíveis. Cumpre salientar que o artigo 31, §1º permite uma margem de discricionariedade ao administrador na escolha do índice; no entanto o próprio dispositivo limita essa discricionariedade ao estabelecer que a exigência dos índices “limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vista aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato”.

De similar teor é o entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 170/2007 – Plenário, da relatoria do Min. Valmir Campello, na sessão de 14/02/2007:

É vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. A adoção desses índices deve estar devidamente justificada no processo administrativo.

Também, no Acórdão n. 291/2007 – Plenário TCU, da relatoria do Min. Guilherme Palmeira, na sessão de 07/03/2007:

Do mesmo modo, a fixação de índices contábeis para fins de seleção das empresas participantes da concorrência deve fundamentar-se em estudo técnico aprofundado, que deverá constar do processo licitatório, nos termos do art. 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/93. O intuito legal é o de evitar a adoção de parâmetros que restrinjam o caráter competitivo do certame ou então permitam que a obra fique a cargo de empresa sem solidez no mercado. Na espécie, observo que a CGL/AM deixou de observar os ditames da lei.

Da mesma forma, no Acórdão n. 2495/2010 – Plenário TCU, da relatoria do Min. José Múcio Monteiro, na sessão de 22/09/2010:

É vedada a exigência de índices contábeis diversos dos usuais, sem a devida fundamentação em estudo aprofundado e específico que demonstre sua necessidade e adequação com relação ao objeto da licitação, afronta o § 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/1993.

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

Assim, não tendo os recorrentes demonstrado que as exigências de pontuação de, no mínimo, 4 (quatro), atribuída ao somatório dos índices de Estrutura de Capital, e de, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) de Disponibilidade Financeira Atual, previstas no edital do certame, entendo que deva persistir a irregularidade apontada no acórdão e a cominação de multa referente a mesma.

5. 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

Consoante a decisão recorrida a exigência da visita técnica prevista no Item 1.1.1 encontra fundamento no art. 30, III, da Lei n. 8.666/1993:

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

(...)

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;

No entanto, a fixação de hora e dia para a visita, no caso, 10/03/2009, às 09 horas, configura restrição ao caráter competitivo, sem respaldo legal, ainda mais se considerar que a entrega das propostas deveria ocorrer em 17/03/2009, apenas uma semana após a visita, o que caracteriza prazo muito curto para a elaboração das propostas.

Como bem salientado na decisão recorrida, esse Tribunal já se pronunciou sobre a matéria, no Processo n. 711879, de relatoria do Conselheiro Moura e Castro, sessão do dia 08/08/2006.

Assim, a fixação de hora e dia para a visita, no caso, 10/03/2009, às 09 horas, configura restrição ao caráter competitivo do certame.

Quanto ao Item 1.2.3 do edital, o entendimento foi 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 entendem que referida exigência foi prevista para atender ao art. 69 da Lei n. 5.194/1966, que prevê a apresentação de prova de quitação de débito ou visto do Conselho Regional de Jurisdição nas concorrências públicas, portanto não consideraram ser razoável puni-los pelo descumprimento da referida norma, por incompatibilidade com o art. 30, I, da Lei n. 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, verifico que a Lei n. 8666/1993 dispõe:

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

(...)

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

A Lei n. 8666/1993 veda a exigência de comprovação de requisitos além daqueles previstos em seu próprio texto para evitar restringir a competição, com esse comando revoga a Lei de 1966.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em seu relatório de fls. 2751/2783, dos autos da Denúncia, ressaltou que 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.

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.

6. Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, Subitem 1.2 do edital

Estabeleceu o Item 1.2 do edital 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 alegaram que se tratava de serviço para implantação de sistema de ar condicionado que corria e era insuflado por dutos no piso dos prédios. Justificaram que o sistema, objeto da licitação, exigia a aplicação de técnicas absolutamente distintas daquelas envolvendo a instalação de ar condicionado no teto, como é a regra na grande maioria dos sistemas. Por essa razão, entenderam fundamental que a licitante tivesse experiência na execução de instalação de ar condicionado em piso.

Verifico que o serviço que a COPASA necessitava era específico em razão das contingências de espaço do prédio no qual a instalação do equipamento de ar condicionado seria feita. Tal fato foi justificado e demonstrado nos autos, inclusive com fotos dos locais. Assim, considero que assiste razão aos recorrentes quando afirmaram que somente empresas que dominassem a técnica necessária para o serviço estariam habilitadas para apresentar proposta. Entendo que a exigência foi feita em razão de cuidado com a coisa pública, em função de o serviço a ser contratado ter características que requeriam dos licitantes expertise determinada.

Assim, entendo razoável cancelar a multa aplicada a este item.

7. Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado

O Acórdão recorrido julgou irregular a exigência de quantitativo mínimo em um único atestado, 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, que o fato atacado se tratava da mesma exigência constante do Edital de Licitação n. 07/2005 – Concorrência n. 01/2015, promovida por este Tribunal, relativa à execução de construção do Edifício Anexo II.

Quanto à questão, há vasta jurisprudência no Tribunal de Contas da União no sentido de que somente excepcionalmente, em razão da natureza dos serviços, se admitirá tal exigência restritiva. É esse mesmo o entendimento deste Tribunal de Contas. O entendimento do TCU, conforme o Acórdão n. 1237/2008 – Plenário, da relatoria do Min. Raimundo Carreiro, na sessão do dia 25/06/2008, é:

Sobre a exigência de comprovação de capacidade técnica em um único atestado (letra A), a jurisprudência desta Corte citada tanto pela Secretaria de Administração quanto pela unidade técnica e mencionada no relatório precedente tem caminhado no sentido de que tal imposição restringe o caráter competitivo da licitação. Entretanto, há situações nas quais essa exigência é necessária e até desejável. Nestes casos, cabe à Administração justificar tecnicamente a restrição imposta no processo administrativo que antecede o lançamento do edital. No pregão que ora se examina, a Secretaria de Administração da Casa Civil da Presidência da República não fundamentou com elementos necessários e suficientes a exigência editalícia em discussão.

Ante o caráter restritivo da exigência, cabe à Administração comprovar, no caso concreto, a necessidade da restrição imposta. À falta dessa comprovação, vale a regra geral que veda restrição à competitividade (conforme exemplificado nos acórdãos citados).

O TCEMG decidiu, de acordo com a Denúncia n. 748335, da relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, Segunda Câmara, na sessão do dia 22/04/2008:

Em se tratando de fornecimento de bens, o § 4º do mesmo artigo dispõe que a comprovação de aptidão poderá ser feita por atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado. Nessa esteira, conclui-se que a exigência de atestado que tenha por finalidade comprovar a aptidão técnica necessária a execução do objeto é lícita. Todavia, a exigência de número mínimo de atestados, somente terá validade, quando demonstrado pela Administração a relevância e a motivação.

Os recorrentes alegaram que a licitação promovida por este Tribunal exigiu o certificado de aptidão em um único atestado. De fato, tendo em vista a complexidade e vulto do objeto licitado, eis que o TCEMG licitou a construção de um novo prédio, a exigência foi justificada nos autos do procedimento licitatório e tratou-se de exceção à regra.

O Coordenador da Coordenadoria de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Perícia manifestou-se nos autos sobre a matéria à fl. 2021:

Verifica-se, pois, que a imposição de quantitativo mínimo em um único atestado restringe o caráter competitivo da licitação. Lado outro, mister salientar que não se trata de regra absoluta, devendo qualquer exigência que discrepe do previsto em lei ser expressamente justificada nos autos do processo que instrui o procedimento competitivo. Assim as exceções devem ser tratadas como tais e dependerão do objeto licitado, podendo ser aceitas nas hipóteses em que se mostrarem necessárias à comprovação de que o somatório das experiências se revela essencial à verificação da habilidade técnica do licitante, a exemplo das licitações que envolvem serviços de natureza predominantemente intelectual.

Como já afirmei antes na análise deste Recurso, houve razões para a COPASA adotar procedimentos que divergiram da regra em razão da especificidade do espaço disponível para instalação dos equipamentos e, como alegaram os recorrentes, a dificuldade técnica da prestação do serviço conduziu a não permissão de somatório de atestados. Assim, reconheço que a exigência de um único atestado foi devidamente justificada.

Por essas razões, aceito a argumentação da defesa e entendo que a multa é indevida neste caso.

8. 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 n. 8.666/1993 nada que impeça a COPASA de proibir o encaminhamento via correios, sendo critério meramente administrativo.

Todavia, não procede a referida alegação. A restrição imposta viola o disposto no art. 30, § 5º, da Lei de Licitações, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do TCEMG, como na Representação n. 719823, da relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, Segunda Câmara, na sessão do dia 09/01/2007:

O item 3.2 do Edital, fls. 36 e 66, ao vedar a remessa de documentação e proposta via postal ou fac-símile, contraria o princípio da ampla competitividade, afrontando o art. 30, § 5º, da Lei 8.666/93.

Considero mantida a irregularidade e a respectiva multa.

9. 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 alegaram, mais uma vez, que a vedação ocorreu em razão da natureza (complexidade) dos serviços licitados. Porém, não comprovaram o alegado, tendo em vista que, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.666/1993, a escolha deve ser precedida de justificativas.

Ressalto que, no julgamento da Denúncia n. 924135, sessão do dia 17/03/2016, da relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, Segunda Câmara, a vedação da participação de empresas em consórcio não é por si só considerada irregular, mas, sim, a falta de justificativa para tal vedação:

Assim sendo, considerando que a vedação da participação de empresas em consórcio foi satisfatoriamente justificada e que não implicou restrição à competitividade no certame, afastou a irregularidade apontada.

Improcede, assim, o pedido recursal também neste ponto.

10. 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 junto ao Tribunal de Contas no sentido de ser ilegal e ilegítimo condicionar a celebração de um novo contrato à fiel execução de contrato anterior. A regra editalícia impõe sanção ao licitante não decorrente do certame em curso. A COPASA deveria instaurar procedimento para responsabilizar a empresa inadimplente assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa. Qualquer restrição deve ser prevista conforme disposição legal ou decorrente de devido processo administrativo.

Argumentaram 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)”

Verifico que a condição imposta no edital, da forma genérica, não possui amparo legal, visto que extrapola as hipóteses de sanções administrativas previstas na Lei n. 8.666/1993, notadamente nos artigos 7º, 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.

Sendo assim, prevalece a decisão do Acórdão recorrido quanto à irregularidade e à multa.

11. Inexistência no Ordenamento Jurídico Brasileiro de Crime de Opinião

O Sr. Maurício Gonçalves Soares, em suas razões recursais, alega que, considerando que a Lei n. 8.666/1993 não veda as condutas praticadas pela COPASA, 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 Constituição da República com divergência de interpretação doutrinária ou da Lei.

No processo em exame, não ficou demonstrado pelo recorrente sequer divergência doutrinária em relação às questões abordadas, que resultaram nas sanções aplicadas por este Tribunal. Evidentemente, se tivessem sido comprovadas teses razoáveis e fundamentadas favoráveis ao entendimento da COPASA, sem dúvida que o fato seria considerado como atenuante ou excludente da responsabilidade, como de fato ocorreu no exame do presente Recurso Ordinário.

12. Ausência de fundamentação quanto à dosimetria das multas aplicadas

Os recorrentes requereram a nulidade da decisão em razão da ausência de fundamentação quanto à dosimetria da pena a eles aplicada. Argumentam que foram condenados à pena máxima de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais). De acordo com o art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal:

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:

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;

(...)

Parágrafo único – O valor máximo da multa de que trata o *caput* deste artigo será atualizado, periodicamente, mediante ato normativo próprio do Tribunal, com base na variação acumulada no período por índice oficial.

Observe no Acórdão recorrido que, para cada uma das irregularidades do edital do certame, 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. 85 da Lei Orgânica deste Tribunal.

A aplicação das multas ao Senhor Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA, à época, e ao Senhor Maurício Gonçalves Soares, Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais, foi devidamente fundamentada e as sanções foram enumeradas relativamente a cada irregularidade, como transcrito abaixo, de forma apropriada.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo procedente, em parte, a denúncia e aplico multa aos responsáveis, Senhor Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA, à época, e Senhor 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, aplico a 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 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;
- e) Visita técnica em dia e hora marcados, item 1.1.1 do edital, fl. 138, 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 (fl. 119), multa no valor de R\$2.500,00.

O valor máximo da multa a ser aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais foi aumentado pela Portaria n. 16/PRES./16, aproximadamente dois meses após a publicação do Acórdão recorrido, *in verbis*:

PORTARIA N. 16/PRES./16

Atualiza o valor máximo da multa imputada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nas ações de controle externo.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso da atribuição que lhe confere o inciso I do art. 19 da Lei Complementar Estadual n. 102, de 17 de janeiro de 2008,

Considerando que o valor máximo da multa de que tratam o art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 17/1/2008, e o art. 318 da Resolução n. 12, de 19/12/2008, não sofre recomposição desde a edição do Regimento Interno vigente, em dezembro de 2008;

Considerando a variação acumulada da inflação no período até março de 2016, aferida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA;

Considerando que a matéria impacta diretamente a efetividade do poder punitivo desta Corte;

Considerando que o disposto no art. 85, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008;

Considerando a competência delegada ao Presidente do Tribunal por meio do parágrafo único do art. 1º da Resolução n. 13/2014;

Considerando o deliberado na Sessão Plenária de 13/4/2016.

RESOLVE:

Art. 1º O valor máximo da multa de que trata o art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 17/1/2008, e o art. 318 da Resolução n. 12, de 19/12/2008, passa a ser de R\$58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos).

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Reafirmo que o Acórdão recorrido fixou o valor da multa por irregularidade e cada uma, individualmente, foi fundamentada exaustivamente pelo Relator da Denúncia, Conselheiro

Wanderley Ávila, não havendo razão os recorrentes ao pedirem esclarecimento quanto aos valores cominados.

A multa administrativa do TCEMG imposta no exercício do controle externo tem que respeitar o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, o que foi cumprido no caso em tela. Sua fixação é calculada a critério da autoridade dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, também observados na decisão. Não há no regime jurídico-administrativo, como no Código Penal brasileiro, conduta típicas estabelecidas correlacionadas a um quantitativo de penas, as quais devem ser sopesadas e calculadas.

Na Denúncia n. 801288, o Acórdão pontuou a ilicitude encontrada, examinou as alegações dos Denunciados e finalmente estabeleceu um valor para apenar cada uma delas. Os motivos ensejadores da cominação da multa foram corretamente expressos na decisão, uma vez que foram especificamente atrelados ao cometimento de infrações à Lei n. 8.666/1993.

Os recorrentes alegaram que, no caso concreto, foram condenados à pena máxima de multa no valor de R\$35.0000,00. No entanto, o TCEMG aumentou o valor máximo da multa que passou a ser R\$58.826,89. Portanto, maior que os R\$35.0000,00 cominados.

III – CONCLUSÃO

Diante dos fatos e fundamentos expendidos, presentes os pressupostos de admissibilidade conheço dos recursos.

Rejeito a preliminar suscitada de inconstitucionalidade do art. 118-A da Lei Complementar n. 102/2008, uma vez que as normas estão de acordo com aquelas que lhe são hierarquicamente superiores, o que caracteriza sua constitucionalidade.

Afasto a prejudicial de mérito de prescrição, tendo em vista a ausência de incidência das hipóteses previstas no art. 118-A da Lei Orgânica.

No mérito, analisados os argumentos trazidos nos Recursos, voto pelo provimento parcial, devendo ser desconstituídas as multas no valor de R\$7.500,00 referente ao item 3. Inabilitação da Denunciante por não atender ao item 1.3 do Anexo I do edital, diante da marca a ser contratada; no valor de R\$2.500,00 referente ao item 6. Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, Subitem 1.2 do edital; e no valor de R\$2.500,00 referente ao item 7. Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado. Ficam mantidas as demais multas cominadas, pelos seus próprios fundamentos, que perfazem o valor de R\$22.500,00.

Recomendo aos atuais gestores da COPASA que, ao realizarem contratação com objeto semelhante aos desses autos, observem os dispositivos da Lei de Licitações e tratem o caso como exceção à regra, especialmente, que seja apresentada a justificativa técnica na contratação de produto ou serviços com características e especificações exclusivas, nos termos do art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/1993.

Intimem-se os recorrentes, Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA, Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes e Sr. Maurício Gonçalves Soares, nos termos regimentais para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão, efetuem e comprovem o recolhimento do valor devido, na forma prevista no caput do art. 365 da Resolução n. 12, de 2008.

Comprovado o recolhimento integral das multas, dê-se quitação aos responsáveis. Não havendo o recolhimento das multas, cumpra-se o disposto no art. 368 da Resolução n. 12, de 2008.

Intimem-se os atuais gestores da COPASA recomendando que, ao realizarem contratação com objeto semelhante aos desses autos, observem os dispositivos da Lei de Licitações e tratem o caso como exceção à regra, especialmente, que seja apresentada a justificativa técnica na contratação de produto ou serviços com características e especificações exclusivas, nos termos do art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/1993.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, inciso I, da Resolução n. 12, de 2008.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Vou pedir vista, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

26ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 12/09/2018

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

RETORNO DE VISTA

I - RELATÓRIO

Tratam os autos de Recursos Ordinários interpostos pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA/MG e pelo Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes (autos de n. 969687) e Maurício Gonçalves Soares (autos de n. 969688), em face da decisão proferida pela Segunda Câmara em 05/11/2015, nos autos de Denúncia n. 801288, que julgou parcialmente procedente a denúncia e aplicou multa individual aos responsáveis no valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), em razão das irregularidades constatadas no edital relativo à Concorrência Pública DVLI 1020090031.

A Unidade Técnica, em sua análise de fls. 29/45, manifestou-se pela extinção do feito, nos termos do art. 110-J da Lei Complementar 102/2008, e pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal em relação aos recorrentes. Ultrapassada a prejudicial de mérito, opinou pelo provimento parcial dos recursos interpostos, apenas para que sejam consideradas as atenuantes em favor dos recorrentes na dosimetria das penas a eles aplicadas.

O Ministério Público junto a este Tribunal de Contas emitiu parecer de fls. 46/48, pelo provimento dos recursos e reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva desta Corte, com a extinção das multas aplicadas.

Na Sessão Plenária de 14/06/2018, em preliminar, os recursos foram conhecidos.

Ato contínuo, foi rejeitada a preliminar suscitada de inconstitucionalidade do artigo 118-A da Lei Complementar n. 102/2008 e afastada a prejudicial de mérito da prescrição, tendo em vista a não incidência das hipóteses previstas no artigo 118-A da Lei Orgânica.

No mérito, o Conselheiro Relator Sebastião Helvécio, após analisar os argumentos trazidos nos Recursos, votou pelo provimento parcial, devendo ser desconstituídas as multas

imputadas no valor de R\$7.500,00, referente ao **item 3** – Inabilitação da Denunciante, por não atender ao item 1.3 do Anexo I do edital, diante da marca a ser contratada; no valor de R\$2.500,00, referente ao **item 6** – Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, Subitem 1.2 do edital; e no valor de R\$2.500,00, referente ao **item 7** – Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado. Ficaram mantidas as demais multas cominadas, pelos seus próprios fundamentos, que perfazem o valor de R\$22.500,00.

Foi recomendado aos atuais gestores da COPASA que, ao realizarem contratação com objeto semelhante aos desses autos, observem os dispositivos da Lei de Licitações e tratem o caso como exceção à regra, especialmente, que seja apresentada a justificativa técnica na contratação de produto ou serviços com características e especificações exclusivas, nos termos do art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/1993.

No mérito, pedi vista dos autos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, nos autos de Denúncia n. 801288, em sessão da Segunda Câmara de 05/11/2015, em razão da vedação à participação de empresas em consórcio, estabelecida no subitem 8.1.1 do edital relativo à Concorrência Pública em comento, sem a devida justificativa, foi imputada multa aos Srs. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA à época, e Maurício Gonçalves Soares, Gerente de Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais à época, no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada um deles.

Segundo o Relator da decisão recorrida, embora discricionária a decisão da Administração pela restrição à participação de consórcios na licitação, nos termos previstos no artigo 33 da Lei de Licitações, a escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, ademais nas hipóteses de representar risco à competitividade de certame (fl. 2888 dos autos de n. 801288).

Os recorrentes, em suas razões recursais, fls. 19/20, citam diversas decisões do Tribunal de Contas da União no sentido de que “nem sempre a participação de empresas em consórcio implica incremento de competitividade (...), podendo vir a constituir, ao contrário, limitação à concorrência”. Isso porque “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 cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). (...) é prática comum a não aceitação de consórcios.” (Acórdão 2813/2004 – Primeira Câmara).

Alegam os recorrentes que a empresa raramente permite a participação de empresas em consórcio em seus empreendimentos, restringindo esta possibilidade apenas para os casos de serviços ou obra de natureza complexa. Informam que, nos três últimos anos, não mais que 03 processos licitatórios resultaram na contratação de empresas consorciadas.

Asseveram que, de acordo com a Lei, admitir ou não a participação de consórcio é escolha discricionária da Administração Pública. Assim, 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 execução do objeto.

Advertem os recorrentes para o fato de que, muitas vezes, a formação de consórcio enseja redução do caráter competitivo, pois facilita que empresas que seriam naturalmente competidoras entre si se unam para participarem do certame.

Acrescentam que, em regra, a formação de consórcios é admitida pela COPASA quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, casos em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, o que não se aplica ao presente caso.

Concluem que, por isso, a vedação à participação de consórcio não trouxe qualquer prejuízo ao caráter competitivo do processo licitatório.

Cabe, aqui, então, trazer o meu entendimento sobre a matéria.

O *caput* do artigo 33 da Lei de Licitações estabelece que, quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, deverão ser observadas as normas previstas nos respectivos incisos, I a V.

Depreende-se, do referido dispositivo legal, que a participação de empresas reunidas em consórcio em licitações constitui uma exceção à regra. A regra é a vedação. Isso faz todo o sentido, a meu ver, pois a permissão só é cabível naqueles casos em que, individualmente, as empresas interessadas em participar de uma licitação não são capazes de executar seu objeto. Quando a complexidade do objeto, aliada ao grande vulto envolvido, ensejam a reunião de pequenas empresas com vistas à execução do objeto, aí sim seria o caso de se permitir a participação de consórcio.

Quando não ocorrer a referida hipótese, a permissão acaba por restringir a competição, pois possibilita a reunião de empresas que apresentariam suas propostas individualmente, que competiriam entre si. E ainda, nesse caso, torna-se desnecessário que a justificativa para a vedação conste dos autos do processo administrativo, pois a natureza do objeto, por si só, já fundamenta a escolha da Administração.

Corroborar esse entendimento a decisão unânime proferida pelo Tribunal Pleno, em 03/08/2016, nos autos do Recurso Ordinário n. 952058, de minha relatoria:

II.2.2.2 Discrecionariade e motivação

Esclarecido este primeiro ponto, importante agora trabalhar a questão da responsabilização do gestor pela ausência de motivação expressa, no que tange a autorização ou vedação à participação de empresas reunidas em consórcio na licitação.

De início, vale dizer que dentre os elementos que integram o conceito de ato administrativo, exsurge o motivo como aquele que, em caráter antecedente ou concomitante à prática do ato, diz respeito às razões que levaram o agente público a “realizar esta ou aquela conduta”.

O que há muito se discute, é se os motivos devem obrigatoriamente estar expressos de maneira explícita (exposição de motivos /motivação) ou se tal exigência pode ser de alguma forma flexibilizada. Por certo, até como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus vetores a exigência de transparência nas ações do Poder Público, de modo a permitir o controle e a responsabilização por condutas desviantes das normas basilares que regem a Administração Pública, motivar deve ser, pelo menos em princípio, entendida como a regra a ser seguida.

Assim sendo, por certo, **é salutar que o gestor sempre fundamente a opção, a fim de afastar qualquer questionamento acerca da lisura da escolha e conferir maior transparência ao procedimento licitatório.**

Entretanto, como não se pode sustentar que existam normas *a priori* absolutas, não sopesáveis em qualquer hipótese no caso concreto, perfilho o entendimento de que, em

algumas situações – a exemplo da presunção de inocência – a necessidade de expressamente se declinar os motivos da prática de determinado ato, pode ser relativizada, de particular modo a partir da ótica de atuação dos órgãos de controle e da consequente responsabilização do gestor.

A razão para tal assertiva é que se poderia impor ao gestor um ônus excessivo de dizer o porquê da prática de todo e qualquer ato do cotidiano da Administração, em especial, como no caso concreto, quando se defende uma vinculação da permissão/vedação da participação em consórcios com a natureza do objeto licitado.

Ora, nesse cenário, pode-se defender aqui que nos casos em que a situação fática se amolda à regra geral (objeto complexo/permissão; objeto simples/vedação), **a motivação afigura-se implícita ou *in re ipsa*, em outras palavras, imanente ao próprio objeto.**

Por óbvio, tal premissa também não pode ser considerada *jure et jure*, cabendo a este Tribunal, em função das nuances do caso concreto, entender que nesta ou naquela situação, excepcionalmente, subsiste a necessidade da motivação expressa. Portanto a ausência de motivação expressa é sempre sindicável, a partir de parâmetros de razoabilidade.

A referendar essa construção, vale menção à Lei Federal n. 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal² e prevê em seu artigo 50, o seguinte:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. (grifo nosso)

Assim, a partir da exegese do art. 50, I, supramencionado, se a vedação ou permissão não se enquadrarem nas respectivas regras gerais, é necessária e obrigatória a motivação expressa, sob pena de não conformidade com o ordenamento jurídico, **posto que seriam, em tese, restritivos à competitividade.**

Isso dito, é necessário volver à premissa inicial explicitada, e lembrar que a vedação, por si só, não implica em restrição à competitividade, e que a permissão, da mesma forma que a vedação, também pode acarretar a restrição, em função da natureza do objeto licitado, permitindo-se concluir que somente **quando, “a priori”, a opção da Administração se mostrar potencialmente restritiva (uma vez que fora da regra geral) é que deverá ser expressamente motivada no processo administrativo.**

A título exemplificativo, tem-se que, em uma licitação para aquisição de material de escritório, em razão da natureza do objeto, um grande universo de empresas isoladamente é capaz de executar o contrato. Nesse caso, a associação das possíveis licitantes em consórcio comprometeria a competição entre elas, prejudicando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Nessa hipótese, **a natureza do objeto da contratação já justifica a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame, não havendo obrigatoriedade, a meu ver, de tal justificativa constar do processo administrativo.**

² STJ AgReg no Ag 1196717, aplicação subsidiária a Estados e municípios.

De outra senda, se a Administração, fazendo uso de seu poder discricionário, optasse por permitir a participação de empresas reunidas em consórcio em licitações dessa natureza, nesse caso, teria que motivar tal decisão, pois, em tese, estaria a restringir a competitividade.

Lado outro, no caso de uma licitação para construção de uma usina no valor de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), a sua natureza complexa e grande vulto indicam que a permissão para a participação de empresas reunidas em consórcio ampliaria o universo de licitantes. A opção pela permissão, então, já se mostra viável, de plano, não carecendo de motivação. Nessa hipótese, se a Administração decidisse por vedar a participação de consórcio, teria que fundamentar tal escolha no processo administrativo, haja vista a opção se mostrar restritiva.

Conclui-se, dessa forma, que a motivação devidamente fundamentada e expressa se faz necessária quando a permissão ou vedação se mostrarem, em um cotejamento com a regra geral, restritivas à competitividade do certame.

Assim, diante de uma licitação cujo vulto e/ou complexidade do objeto recomende a participação de consórcios com vistas a ampliar a competitividade (regra geral), não é admissível a simples vedação à participação de consórcios, sem a plena e efetiva justificativa, sob os ângulos técnico e econômico.

Da mesma forma, em uma licitação cujo objeto é comum, a Administração não pode permitir a participação de consórcio, sem que motive fundamentadamente e formalmente a sua escolha, pois em tese estaria restringindo a competição entre possíveis licitantes.

(...)

II.2.5 Análise do caso concreto

No caso concreto, a falta de justificativa para a vedação à participação de empresas reunidas em consórcios em licitações, considerada isoladamente, não constitui, como se infere de toda a argumentação expendida, ilegalidade na conduta do gestor, pois não há obrigatoriedade legal para a apresentação da referida justificativa.

O que se sustenta é que, *in casu*, a permissão é que traria comprometimento à competição, pois empresas que poderiam competir entre si poderiam se juntar e apresentar uma proposta única. Logo, não há arbitrariedade na conduta do gestor, já que a própria natureza do objeto e o vulto da licitação justificam a vedação.

O objeto³ do certame em análise, embora possua valor significativo (R\$237.108,00), não esbarra em questões de maior complexidade técnica, não se justificando, de fato, a necessidade de formação de consórcios entre empresas para que o interesse público seja alcançado.

É notório que não há qualquer diferencial de complexidade na execução do objeto em questão a exigir a reunião de empresas em consórcio. E, ainda, não obstante o valor seja significativo, não pode ser considerado de grande vulto.

Assim sendo, feitas essas considerações, entendo que a omissão dos responsáveis em motivar a presença de cláusula nesse sentido (item 5.3) no certame não trouxe prejuízos à competitividade, e nem mesmo teve o potencial de reduzir o número de participantes interessados.

O objeto, nesse caso, por si, justifica a vedação, sendo apenas recomendável que a motivação para a vedação conste do processo administrativo. Portanto, não há irregularidade passível de sanção nos autos em questão.

Cabe aqui citar trecho do voto do Conselheiro Gilberto Diniz no processo de Denúncia n. 944741, aprovado em sessão da Segunda Câmara de 28/04/2016:

Subitem 2.2.3 do edital - vedação de participação de empresas em consórcio

³ 1- DO OBJETO 1.1 A presente licitação tem por objeto a compra de pneus novos, câmaras e protetores para os veículos da Prefeitura Municipal de Mar de Espanha no exercício de 2014, de acordo com as especificações definidas no Anexo I deste Edital.

Quanto à ausência de motivação para a vedação de participação de empresas em consórcio, constante no subitem 2.2.3 do instrumento convocatório, entendo que não houve ilegalidade na condução do procedimento licitatório, nesse ponto. **Não se pode afirmar que houve restrição à competitividade, tampouco afirmar que a participação de empresas em consórcio no certame em exame atrairia novos interessados.**

Quanto a esse apontamento, embora considere que o caráter discricionário do administrador público é relativo, e não absoluto, conforme Acórdão n. 1678/2006 do Plenário do TCU, no caso concreto, verifiquei que o objeto do certame (contratação de empresa especializada em transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino) não esbarra em questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de consórcio para participação na licitação, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas.

Em função disso, entendo que o ponto questionado pelo Ministério Público junto ao Tribunal cinge-se à ausência de justificativa para a vedação à participação de empresas em consórcio, e não à participação, ou não, de consórcios em si, que é ato sujeito à discricionariedade da Administração Pública.

Assim, a meu sentir, **não há ilegalidade capaz de comprometer a lisura do certame, nesse particular, mas recomendo que, nos editais de licitação futuros, o gestor motive a vedação de participação de consórcios, quando for esse o caso.**

Fica evidenciado, portanto, que a Administração responsável pelo certame possui o poder de decidir, no caso concreto, se a participação ou não de empresas consorciadas no certame condiz com o interesse público.

Em que pese a argumentação apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, mantenho a decisão recorrida pelos fundamentos ora aduzidos. (grifos nossos)

Apresentado o meu entendimento acerca da matéria, cabe então tratar mais especificamente sobre a questão suscitada nos recursos ordinários, que é a imputação de sanção aos responsáveis em decorrência da vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no subitem 8.1.1 do edital, sem a devida justificativa.

Compulsando os autos, verifico que, no presente caso, cabe razão aos recorrentes, pois o objeto do certame em exame, “implantação de sistema de ar condicionado”, não se reveste de complexidade a ensejar a reunião de empresas em consórcio com vistas a sua execução. Se permitida a participação de consórcio, na hipótese em tela, poderia, sim, haver comprometimento à competitividade do certame. E a permissão deveria ser devidamente fundamentada pela Administração, pois seria indevidamente restritiva.

Nessa esteira, torna-se desnecessário, no presente caso, que a justificativa para a vedação conste dos autos do processo administrativo, pois a motivação já se encontra implícita na natureza do objeto do certame.

Por todo o exposto, deixo de acompanhar o Conselheiro Relator Sebastião Helvécio no sentido de negar provimento aos recursos e manter inalterada a decisão recorrida no que tange à vedação à participação de empresas em consórcio sem a devida justificativa (item 9 da Fundamentação), tendo em vista que, no caso em exame, a natureza do objeto, por si só, já fundamenta a vedação.

Assim, divirjo quanto à aplicação da multa ao Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA à época, e ao Sr. Maurício Gonçalves Soares, Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais à época, no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada um deles, fundada na vedação à participação de empresas

em consórcio sem justificativa, e decoto o referido valor do montante da multa imputada aos responsáveis.

Os recorrentes também requerem a nulidade da decisão em razão da ausência de fundamentação quanto à dosimetria da pena a eles aplicada.

Alegam que o julgador, ao apenar, deve fundamentar sua decisão e esclarecer as razões pelas quais está aplicando a multa e as razões que o faz chegar até o valor aplicado.

Asseveram ainda que, no caso, foram condenados à pena máxima, no valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), sem que houvesse fundamentação sobre como foi obtido o valor aplicado.

Acrescentam que, como o próprio órgão técnico reconheceu, não houve prejuízo a qualquer licitante ou dano ao erário, razão pela qual seria razoável que esta Corte fizesse recomendações à Copasa.

Informam, por fim, que o entendimento deste Tribunal acerca das matérias aqui tratadas tem sido adotado atualmente pela Copasa.

O Órgão Técnico, às fls. 29/44v, entendeu não ser o caso de nulidade da decisão, visto que fundamentadas as sanções aplicadas de forma individual.

Todavia, **concluiu a Unidade Técnica que em razão da ausência de dano ao erário e de comprovação de má-fé por parte dos recorrentes, bem como do fato de a Copasa ter passado a adotar em suas licitações o entendimento constante do acórdão, poderiam ser atenuadas as sanções aplicadas.**

De acordo com o artigo 89 da Lei Complementar n. 102/2008, “Na fixação da multa, o Tribunal considerará, entre outras circunstâncias, a gravidade da falta, o grau de instrução do servidor e sua qualificação funcional.”

Acerca da dosimetria da pena, entendo que as irregularidades constatadas no edital relativo à Concorrência Pública DVLI 1020090031 não se revestem de gravidade a justificar a imputação de sanção no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada uma delas.

A decisão recorrida considerou irregulares:

- a) inabilitação da denunciante em razão da garantia de proposta;
- b) exigência de que o responsável técnico integre o quadro permanente da licitante;
- c) inabilitação da denunciante diante da indicação da marca a ser contratada;
- d) ausência de justificativa para os índices contábeis;
- e) visita técnica em dia e hora marcados;
- f) exigência de que pelo menos um dos atestados apresentados seja do responsável técnico que efetuou a visita;
- g) exigência de regularidade e quitação junto ao CREA;
- h) exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação;
- i) exigência de quantitativo mínimo em um único atestado;
- j) vedação de remessa de proposta pelos Correios ou outros meios correlatos;
- k) vedação à participação de empresas em consórcio, sem a devida justificativa;

l) vedação à participação de empresa que esteja inadimplente com a Entidade em outro contrato ainda vigente.

O Conselheiro Relator dos recursos ordinários, Conselheiro Sebastião Helvécio, assim se manifestou quanto a este item, mantendo inalterada a decisão recorrida:

Os recorrentes requereram a nulidade da decisão em razão da ausência de fundamentação quanto à dosimetria da pena a eles aplicada. Argumentam que foram condenados à pena máxima de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais). De acordo com o art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal:

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:

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;

(...)

Parágrafo único – O valor máximo da multa de que trata o *caput* deste artigo será atualizado, periodicamente, mediante ato normativo próprio do Tribunal, com base na variação acumulada no período por índice oficial.

Observo no Acórdão recorrido que, para cada uma das irregularidades do edital do certame, 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. 85 da Lei Orgânica deste Tribunal.

A aplicação das multas ao Senhor Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA, à época, e ao Senhor Maurício Gonçalves Soares, Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais, foi devidamente fundamentada e as sanções foram enumeradas relativamente a cada irregularidade, como transcrito abaixo, de forma apropriada.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo procedente, em parte, a denúncia e aplico multa aos responsáveis, Senhor Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA, à época, e Senhor 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, aplico a 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 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;

e) Visita técnica em dia e hora marcados, item 1.1.1 do edital, fl. 138, 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 (fl. 119), multa no valor de R\$2.500,00.

O valor máximo da multa a ser aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais foi aumentado pela Portaria n. 16/PRES./16, aproximadamente dois meses após a publicação do Acórdão recorrido, *in verbis*:

PORTARIA N. 16/PRES./16

Atualiza o valor máximo da multa imputada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nas ações de controle externo.

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso da atribuição que lhe confere o inciso I do art. 19 da Lei Complementar Estadual n. 102, de 17 de janeiro de 2008,

Considerando que o valor máximo da multa de que tratam o art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 17/1/2008, e o art. 318 da Resolução n. 12, de 19/12/2008, não sofre recomposição desde a edição do Regimento Interno vigente, em dezembro de 2008;

Considerando a variação acumulada da inflação no período até março de 2016, aferida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA;

Considerando que a matéria impacta diretamente a efetividade do poder punitivo desta Corte;

Considerando que o disposto no art. 85, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008;

Considerando a competência delegada ao Presidente do Tribunal por meio do parágrafo único do art. 1º da Resolução n. 13/2014;

Considerando o deliberado na Sessão Plenária de 13/4/2016.

RESOLVE:

Art. 1º O valor máximo da multa de que trata o art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 17/1/2008, e o art. 318 da Resolução n. 12, de 19/12/2008, passa a ser de R\$58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos).

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Reafirmo que o Acórdão recorrido fixou o valor da multa por irregularidade e cada uma, individualmente, foi fundamentada exaustivamente pelo Relator da Denúncia, Conselheiro Wanderley Ávila, não havendo razão os recorrentes ao pedirem esclarecimento quanto aos valores cominados.

A multa administrativa do TCEMG imposta no exercício do controle externo tem que respeitar o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa, o que foi cumprido no caso em tela. Sua fixação é calculada a critério da autoridade dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, também observados na decisão. Não há no regime

jurídico-administrativo, como no Código Penal brasileiro, conduta típicas estabelecidas correlacionadas a um quantitativo de penas, as quais devem ser sopesadas e calculadas.

Na Denúncia n. 801288, o Acórdão pontuou a ilicitude encontrada, examinou as alegações dos Denunciados e finalmente estabeleceu um valor para apenar cada uma delas. Os motivos ensejadores da cominação da multa foram corretamente expressos na decisão, uma vez que foram especificamente atrelados ao cometimento de infrações à Lei n. 8.666/1993.

Os recorrentes alegaram que, no caso concreto, foram condenados à pena máxima de multa no valor de R\$35.0000,00. No entanto, o TCEMG aumentou o valor máximo da multa que passou a ser R\$58.826,89. Portanto, maior que os R\$35.0000,00 cominados.

Acerca da dosimetria da pena, cabe aqui citar decisão proferida pelo Tribunal Pleno em sessão de 16/09/2015, nos autos de Embargos de Declaração n. 958363, de minha relatoria;

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N. 958363

(...)

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

(...)

4. Conforme jurisprudência pacífica, não há previsão legal que possibilite às Cortes de Contas a realização de dosimetria objetiva pormenorizada de penas, com rol de atenuantes e agravantes afetos ao ilícito; basta que a sanção aplicada seja proporcional.

5. Uma vez que a pena aplicada está acorde com os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, não há omissão quanto à consideração do princípio constitucional da proporcionalidade. (grifo nosso)

(...)

II.2.5 Proporcionalidade e dosimetria da pena – alegações vi, vii e x

Nos órgãos de controle externo, há elementos balizadores de dosimetria de pena (gravidade dos fatos, nível de instrução do responsável, reincidência, etc.), e não elementos para a realização de dosimetria com cálculos pormenorizados, extremamente objetivada, comum no Direito Penal. Além disso, não há nenhuma norma legal que determine o cálculo dessa dosimetria objetiva, com agravantes e atenuantes e suas proporções. Não cabe ao Tribunal estabelecer regras detalhadas sobre dosimetria quando o próprio legislador não o fez.

Nesse sentido, destaca-se enunciado de Acórdão do TCU n. 0123-02/14-P, *in litteris*:

A dosimetria da pena, no âmbito do TCU, tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal. Não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido. Histórico de bons antecedentes funcionais não tem relevância para a apuração do valor da multa. (grifo nosso).

(BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 0123/02/14-P. Relator: min. Raimundo Carreiro. Sessão de 29 jan. 2014).

Obviamente isso não quer dizer que a decisão não precise se mostrar proporcional nem que esta se trate de mera subjetiva do julgador. (grifo nosso)

No presente caso, não obstante as sanções estarem devidamente fundamentadas na decisão recorrida, não havendo que se falar em nulidade do acórdão impugnado, a meu ver, os valores das multas aplicadas não são adequados à gravidade dos atos praticados, inexistindo proporcionalidade entre as irregularidades e os valores das multas impostas (R\$2.500,00 para cada irregularidade).

Isso porque, em que pese a ausência de parâmetro definido para os valores das multas aplicadas por esta Corte, e esse juízo ficar a critério de cada relator, em casos análogos, de

minha relatoria, tenho aplicado multa no valor de R\$1.000,00 (hum mil reais), para irregularidades com o mesmo nível de gravidade.

Assim, em conformidade com a manifestação da unidade técnica, deixo de acompanhar o Conselheiro Relator Sebastião Helvécio no que tange à dosimetria das multas aplicadas (item 12 da Fundamentação), tendo em vista que, no caso em exame, não vislumbro gravidade nas irregularidades constatadas a ensejar a imputação de multa no montante de R\$2.500,00 por irregularidade.

Nesses termos, divirjo quanto à manutenção do valor das multas imputadas ao Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes, Diretor Presidente da COPASA à época, e ao Sr. Maurício Gonçalves Soares, Gerente da Divisão de Licitações de Obras, Serviços e Materiais à época, no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada uma das irregularidades constatadas, e voto pela redução dessas para R\$1.000,00 (um mil reais) concernente a cada uma delas.

III – CONCLUSÃO

Em razão do exposto, acompanho o voto do Conselheiro Sebastião Helvécio, pelo provimento parcial do recurso, salvo no concernente: (i) à vedação à participação de consórcio sem justificativa (item 9 da Fundamentação) e (ii) à dosimetria da pena (item 12 da Fundamentação). Assim, voto por decotar da multa imputada aos responsáveis o valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) relativo ao item 9, e alterar o valor das demais para R\$1.000,00 (hum mil reais) em razão de cada uma das irregularidades verificadas.

É como voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Neste processo, há suspeição do Conselheiro Gilberto Diniz e o meu impedimento.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Quero apenas dizer, como Relator desta matéria, que, observando o voto-vista do eminente Conselheiro José Alves Viana, muito bem circunstanciado, eu revejo o meu voto para também decotar a multa relacionada à vedação e à participação em consórcio na licitação e também para reduzir os valores da penalidade sobre as irregularidades remanescentes, na forma sugerida pelo eminente Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Passo a Presidência momentânea ao Conselheiro Mauri Torres para dar continuidade ao julgamento.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

Pois não.

Temos que colher o voto do Conselheiro Durval Ângelo.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Voto de acordo com o Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, acompanho o voto do Conselheiro Sebastião Helvecio com relação ao item 3, que corresponde à inabilitação da denunciante, por não atender ao item 1.3 do Anexo I do

edital, diante da marca a ser contratada, bem como em relação ao item 6, que trata da exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, subitem 1.2 do edital.

No que tange ao item 7, exigência de quantitativo mínimo em um único atestado, peço vênia para divergir e mantenho a decisão recorrida pelas razões e fundamentos apresentados.

No voto-vista do Conselheiro José Alves Viana, item 9, vedação à participação de empresas em consórcio sem a devida justificativa, subitem 1.1.1 do edital, acompanho o seu voto.

Por fim, quanto ao item apresentado ainda no voto-vista, relativo à dosimetria da pena, item 12, mantenho a decisão recorrida por entender os valores aplicados adequados ao caso concreto.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Meu voto foi o relatório do Relator Sebastião Helvecio com o acréscimo do Conselheiro José Alves Viana.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, MAURI TORRES:

Exatamente.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, QUE ENCAMPOU O VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA; VENCIDOS, EM PARTE, O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA E O CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO.

DECLARADA A SUSPEIÇÃO DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ E O IMPEDIMENTO DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expandida no voto do Relator, que encampou, no mérito, o voto do Conselheiro José Alves Viana, em: **I)** conhecer dos recursos, preliminarmente, por unanimidade, uma vez que estão presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 329 c/c 335 da Resolução n. 12/2008; **II)** rejeitar, por unanimidade, a prejudicial suscitada de inconstitucionalidade do art. 118-A da Lei Complementar n. 102/2008; **III)** afastar, por unanimidade, a prejudicial de mérito da prescrição, tendo em vista a não incidência das hipóteses previstas no art. 118-A da Lei Orgânica; **IV)** dar parcial provimento ao recurso, no mérito, por maioria de votos, desconstituindo as multas: **a)** no valor de R\$7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) referente ao item 3 - Inabilitação da Denunciante por não atender ao item 1.3 do Anexo I do edital, diante da marca a ser contratada; **b)** no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) referente ao item 6 - Exigência relativa à execução do serviço, na fase de habilitação, Subitem 1.2 do edital; **c)** no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) referente ao item 7 - Exigência de quantitativo mínimo em um único atestado; **d)** no valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) relativo ao item 9 - Vedação à participação de empresas em consórcio, disposta no Subitem 8.1.1 do Edital, sem a devida justificativa; **V)** alterar para R\$1.000,00 (um mil reais) o valor das demais multas aplicadas em razão de cada uma das irregularidades; **VI)** recomendar aos atuais gestores da COPASA que, ao realizarem contratação com objeto semelhante aos desses autos, observem os dispositivos da Lei de Licitações e tratem o caso como exceção à regra, especialmente, que seja apresentada a justificativa técnica na contratação de produto ou serviços com características e especificações

exclusivas, nos termos do art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/1993; **VII)** determinar a intimação dos recorrentes, Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA, Sr. Márcio Augusto Vasconcelos Nunes e Sr. Maurício Gonçalves Soares, nos termos regimentais para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão, efetuem e comprovem o recolhimento do valor devido, na forma prevista no caput do art. 365 da Resolução n. 12, de 2008; **VIII)** determinar, comprovado o recolhimento integral das multas, que se dê quitação aos responsáveis; **IX)** determinar, não havendo o recolhimento das multas, o cumprimento do disposto no art. 368 da Resolução n. 12, de 2008; **X)** determinar a intimação dos atuais gestores da COPASA recomendando que, ao realizarem contratação com objeto semelhante aos desses autos, observem os dispositivos da Lei de Licitações e tratem o caso como exceção à regra, especialmente, que seja apresentada a justificativa técnica na contratação de produto ou serviços com características e especificações exclusivas, nos termos do art. 7º, § 5º, da Lei n. 8.666/1993; **XI)** determinar o arquivamento dos autos, ultimadas as providências cabíveis, nos termos do art. 176, inciso I, da Resolução n. 12, de 2008. Vencidos, em parte, o Conselheiro Wanderley Ávila e o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão. Declarada a suspeição do Conselheiro Gilberto Diniz e o impedimento do Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de setembro de 2018.

MAURI TORRES
Presidente em Exercício

SEBASTIÃO HELVECIO
Relator

(assinado eletronicamente)

ahw/dca/SAF/mp

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**