



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

Processo nº: 958.252
Natureza: Representação
Representantes: Wanderson Fábio de Lima (Prefeito Municipal) e Paulo Antônio da Silva Passos (Procurador-Geral do Município)
Jurisdicionado: Poder Legislativo de Rio Acima
Relator: Conselheiro Cláudio Terrão

PARECER

Excelentíssimo Senhor Relator,

1. Tratam os autos de Representação formulada pelos Srs. Wanderson Fábio de Lima e Paulo Antônio da Silva Passos, respectivamente Prefeito e Procurador-Geral do Município de Rio Acima, em que relatam a ocorrência de irregularidades no Pregão Presencial nº 01/2014, promovido pela Câmara Municipal de Rio Acima, com o objetivo de contratar empresa de engenharia para reforma, restauração, revitalização e ampliação de sua sede.
2. A Representação foi recebida e distribuída, conforme se verifica às fls. 49 e 51.
3. Na análise de fls. 54 a 67, a Unidade Técnica verificou indícios de irregularidades e insuficiência de documentação para análise conclusiva. Diante disso, solicitou que fosse requerido ao Presidente da Câmara Municipal o envio dos documentos ali descritos.
4. Ademais, ela observou que, embora o Pregão Presencial nº 01/2014 tenha sido realizado na vigência da Instrução Normativa nº 06/2013, até a data da análise, a obra em questão não havia sido cadastrada no Geo-Obras, motivo pelo qual opinou pela aplicação de sanção e notificação da entidade responsável para que promovesse a alimentação do sistema.
5. No parecer de fl. 68/68-v, este *Parquet* reiterou o requerimento da Unidade Técnica quanto à necessidade de envio de documentos.
6. Atendendo à solicitação da Unidade Técnica, o Conselheiro Relator determinou a intimação do Presidente da Câmara Municipal, Sr. Jefferson Ferreira Bastos, para que encaminhasse a esta Corte cópia dos documentos relacionados na análise técnica inicial.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

7. Intimado (fl. 70), o Presidente da Câmara Municipal manifestou-se às fls. 71 a 82, juntando aos autos a documentação de fls. 83 a 366.
8. A Unidade Técnica efetuou nova análise às fls. 369 a 375.
9. Em manifestação preliminar, este Ministério Público de Contas requereu a citação dos responsáveis, a aplicação de multa pelo não cadastramento da obra em apreço no GeoObras e a intimação do Prefeito Municipal para que prestasse informações sobre eventual tombamento da Câmara Municipal bem como a arrecadação do ICMS Cultural.
10. A relatoria à época deferiu o requerimento, ordenando as citações e diligências solicitadas (fls. 385-385v).
11. Apresentaram defesa o Sr. Douglas Nascimento Rodrigues (fls. 408-422), o Sr. Ivanildo Adriano Rocha (fls. 424-437) e a Sra. Hethane de Fatima Fernandes Brito (fls. 441-455).
12. Embora regularmente citados, o Sr. Jefferson Ferreira Bastos e a Sra. Maria Auxiliadora Ribeiro não se manifestaram (fl. 459).
13. Os autos foram remetidos à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE –, que se manifestou nos seguintes termos:

[...] entende esta Unidade Técnica, que o Processo Licitatório do Pregão Presencial nº 01/2014, realizado pela Câmara Municipal de Rio Acima, está irregular pela:

- a) Escolha inadequada da modalidade Pregão;
- b) Ausência, no Processo Licitatório, do cronograma físico-financeiro;
- c) Falha na elaboração do projeto básico como: especificações de materiais e dos métodos construtivos (memorial descritivo) inadequados e inobservância de normas técnicas;
- d) Ausência da composição de custos, inclusive do detalhamento do BDI, pela administração e pelas empresas que participaram da licitação;
- e) Antecipação da avaliação da capacidade técnico operacional para fase de análise de propostas técnicas e sessão de lances;
- f) Desclassificação, irregular, da empresa Arkad Empreendimentos Ltda.-ME face a ausência de reconhecimento de firma da assinatura do procurador nos Anexos II, III e IV;
- g) Desclassificação, irregular, da empresa Arkad Empreendimentos Ltda.-ME pelo fato da visita técnica não ter sido realizada por engenheiro civil. (fl. 471-471v)

14. Por fim, o feito foi encaminhado ao Ministério Público de Contas para manifestação conclusiva.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

15. É o relatório no essencial.

FUNDAMENTAÇÃO

16. Os Representantes sustentaram, em síntese, a ocorrência das seguintes irregularidades:

- a) utilização da modalidade pregão para um objeto que não é considerado bem ou serviço comum;
- b) a iniciativa e a gestão da reforma realizada deveria ter sido do Poder Executivo Municipal, uma vez que ele é o proprietário do imóvel e não da Câmara Municipal, que não possui personalidade jurídica própria ou patrimônio próprio;
- c) em 13/11/2014 foi emitido alvará de construção pelo engenheiro da Prefeitura. Todavia, após análise dos projetos apresentados, a Prefeitura reviu seu posicionamento, comunicando à Câmara, em 18/12/2014, que denegaria a autorização para a realização da obra/serviço de reforma de seu imóvel-sede. No entanto, a comunicação foi ignorada e foi dado andamento à obra;
- d) ausência de autorização e parecer prévio do Conselho Municipal do Patrimônio Artístico e Cultural para realização de reforma em edificação tombada;
- e) não apresentação de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, em desobediência ao disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal;
- f) não anexação, na fase interna do procedimento licitatório, de justificativa para a realização da obra/serviço, do cronograma físico financeiro, bem como de projetos relacionados que haviam sido anteriormente apresentados à Prefeitura;
- g) projeto com especificações insuficientes, prejudicando a formulação de propostas adequadas à execução do objeto licitado;
- h) divergência entre as áreas informadas no projeto arquitetônico de reforma



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

(198,56m²), e no projeto elaborado (539,37 m²);

- i) deficiência na planilha orçamentária de custos devido ao não estabelecimento de referencial para a formação de custos, e não apresentação de planilha de composição de custos unitários;
- j) não detalhamento da taxa do BDI – Benefícios e Despesas Indiretas;
- k) ausência de cronograma físico-financeiro;
- l) antecipação da apresentação do atestado de capacidade técnica operacional para a fase de abertura das propostas;
- m) desclassificação irregular da empresa Arkad Empreendimentos Ltda. ME decorrente da ausência de reconhecimento de firma de seu procurador em documentos apresentados, bem como pela realização de visita técnica sem presença de engenheiro civil da empresa;
- n) sobrepreço de R\$8.776,01 na planilha de custos;
- o) ausência de corpo técnico da área de engenharia responsável pela gestão do contrato.

17. Na análise de fls. 369 a 375, a Unidade Técnica confirmou a ocorrência das irregularidades descritas nos itens “a”, “f”, “j”, “k”, “l”, e “m”, acima transcritas.

18. No que tange aos itens “g” e “h”, entendeu que a análise técnica restou prejudicada, pois não constava dos autos documentação comprobatória que possibilitasse evidenciar as divergências informadas pelos Representantes, em especial o Projeto Básico.

19. Ademais, opinou pela improcedência das alegações relativas ao item “n”, considerando que *“A diferença no valor de R\$8.776,01, identificada na planilha, fls. 63 a 68, equivale a 0,1% do valor contratado de R\$818.745,11. Neste caso, não há que se falar em sobrepreço, assim considerado quando o valor da diferença é de pelo menos 10%.”* (fl. 374).

20. Este Ministério Público de Contas fez os seguintes apontamentos complementares (art. 61, § 3º, da Resolução nº 12, de 2008): dano ao patrimônio histórico, artístico, cultura, arquitetônico, ambiental e paisagístico; e provável lesão ao erário decorrente da má utilização do ICMS Cultural para manutenção da Câmara Municipal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

21. Como já mencionado anteriormente, os responsáveis apresentaram alegações de defesa e juntaram provas aos autos. Passamos, então, a examiná-las.

I. Das Preliminares

I.1 Incompetência do Tribunal de Contas para processar e julgar parecerista jurídico

22. O Sr. Douglas Nascimento Rodrigues, ex-Assessor Jurídico da Câmara de Rio Acima, suscitou preliminar de incompetência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG – para o processamento do feito.

23. A defesa aduziu que, para fins do que dispõe o art. 71, II e VIII, da Constituição da República, o advogado parecerista de forma alguma se apresenta como “gestor” nem é ordenador de despesa; faz apenas “uma aferição técnico-jurídica que se restringe a uma análise dos aspectos de legalidade que envolve as minutas previstas no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93” (fl. 409).

24. Em que pese a argumentação do defendente, entendemos que razão não lhe assiste.

25. Isso porque o próprio dispositivo constitucional invocado pela defesa, art. 71, II, explicita a condição do parecerista jurídico como jurisdicionado caso sua conduta tenha potencialmente concorrido para a lesão ao erário a que se visa apurar.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, **e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público**; (Grifos nossos).

26. Sobre o termo “contas”, utilizado no dispositivo transcrito, convém analisar sua definição na teoria jurídica.

27. De forma ainda mais abrangente, Augusto Sherman Cavalcanti afirma que contas se referem a todo o conjunto probatório, geralmente documental, desde que reflita os atos de gestão de alguém num período de tempo:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

Contas, em sentido material, é o conjunto probatório – em regra, documental – que reflete os atos de gestão de determinados bens e valores públicos, praticados por determinado gestor, em determinado período de tempo. [...]

Julgar contas, em sentido material, é julgar gestão. É apreciar, por meio dos documentos apresentados ou de outra forma obtidos, os atos de gestão praticados pelo responsável sobre aqueles bens ou valores públicos, segundo os critérios da legalidade, legitimidade e economicidade.¹ (Grifos nossos).

28. Registre-se que o TCEMG já se utiliza dessa inteligência jurídica, como se pode extrair dos acórdãos prolatados no Processo Administrativo nº 677.078 (Segunda Câmara, Sessão de 12 de maio de 2016), Inspeção Ordinária nº 740.877 (Segunda Câmara, Sessão de 02 de junho de 2016), Processo Administrativo nº 766.570 (Segunda Câmara, Sessão de 14 de dezembro de 2017) e do Assunto Administrativo – Ato Normativo nº 1.040.490 (Tribunal Pleno, Sessão de 20 de junho de 2018).

29. Por essa perspectiva, interessa levar em consideração que os elementos constantes da peça inicial e do exame da Unidade Técnica levaram a relatoria à época, em cognição sumária, reconhecer que os atos praticados pelo Assessor Jurídico potencialmente concorreram para a ocorrência de lesão à Fazenda Pública, implicando sua citação.

30. *De fato*, os pareceres jurídicos não contem manifestação sobre pontos relevantes do procedimento licitatório, como a não apresentação de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, a antecipação da apresentação do atestado de capacidade técnica operacional para a fase de abertura das propostas e a ausência de cronograma físico-financeiro.

31. Assim, entendemos estar definida a competência do TCEMG para processar e julgar os atos praticados pelo Assessor Jurídico à época.

1.2 Ilegitimidade passiva *ad causam*

32. O Assessor Jurídico à época também argumentou, em sua defesa, que o advogado, no exercício de sua função, é inviolável por seus atos e manifestações.

¹ CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 30, n. 81, p. 17-27, jul/set. 1999. p. 20-21



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

33. Fundamenta seu argumento no art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994.

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

[...]

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

34. O responsável ainda alega que o parecer jurídico emitido em procedimento licitatório não é vinculativo, porquanto se reveste de natureza consultiva.

35. Mediante exame da própria Lei nº 8.906, de 1994, invocada pela defesa, mostra-se relevante consignar que a inviolabilidade do advogado goza de presunção relativa, não lhe servindo de salvo-conduto para ilícitos praticados com dolo ou culpa. É o que se depreende da redação clara do art. 32 da mesma lei: “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

36. Dispositivo similar, também aplicável ao caso é o art. 186, do Código Civil, que estabelece a ilicitude de toda e qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência daquele que violar direito e causar dano a outrem:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

37. Tal como informado na preliminar anterior, havia elementos suficientes na peça inicial e no estudo da unidade técnica para justificar potencial conduta ilícita do advogado parecerista e sua integração à relação processual.

38. A efetiva existência da ilicitude e sua materialidade são questões que devem ser analisadas na apreciação do mérito da Denúncia em apreço.

39. Dessa forma, entendemos que a preliminar processual deve ser rejeitada.

II. Do Mérito

II.1 Licitação na modalidade “pregão” para obras e serviços de engenharia

40. O Poder Legislativo do Município de Rio Acima licitou, mediante pregão, “a contratação de empresa especializada em reforma, restauração, revitalização e ampliação da Câmara Municipal” (fl. 101).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

41. Segundo a peça inicial, o uso da modalidade pregão para a contratação em apreço não possui autorizativo legal (art. 1º, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002).

42. Em suas peças de defesa, o Presidente da Câmara Municipal e a Pregoeira à época alegaram, em síntese, que: (i). determinados serviços de engenharia mais corriqueiros poderiam ser contratados mediante pregão; (ii). a vedação constante do art. 5º do Decreto Federal nº 3.555, de 08 de agosto de 2000, perdeu eficácia quando a Medida Provisória nº 2.026, de 05 de maio de 2000, foi convertida em lei; (iii). o termo “bens e serviços comuns” é conceito jurídico indeterminado; (iv). há precedente do Tribunal de Contas da União – TCU – que afirma ser “relativamente discricionária a classificação de um bem ou serviço comum” (fl. 431); (v). tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 32/2007, que prevê que “obras e serviços de engenharia com valor até R\$ 51 milhões, serão licitados por pregão obrigatoriamente” (fl. 432); (vi). o Decreto Federal nº 3.555/2000 não pode inovar criando vedação não prevista em lei.

43. As alegações *ii* e *vi*, retromencionadas, baseiam-se estritamente em regulamento expedido pela União para a modalidade licitatória pregão.

44. Uma vez que o Decreto Federal nº 3.555, de 2000, regulamenta **o pregão no âmbito federal**, estariam **prejudicados** os argumentos *ii* e *vi* em face do princípio da autonomia dos entes federativos, do art. 2º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 e do art. 37, XVII, da Constituição da República.

Constituição da República

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Grifos nossos).

*** * * * * *

Lei nº 10.520/2002

Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, **nos termos de regulamentação específica**.

§ 2º Será facultado, **nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios**, a participação de bolsas de mercadorias no apoio



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

§ 3º As bolsas a que se referem o § 2º deverão estar organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões. (Grifos nossos).

45. Dessa forma, entendemos que os argumentos de defesa lastreados diretamente no Decreto nº 3.555, de 2000, são inoponíveis aos apontamentos de irregularidades constantes dos autos, porquanto tal regulamento não se aplica ao Município de Rio Acima.

46. Relativamente ao argumento de que tramita projeto de lei para autorizar a licitação de obras e serviços de engenharia (v), verificamos ser incabível, para o fim pretendido, haja vista que apenas reforça tese contrária à pretendida pela defesa, isto é, a legislação vigente não autoriza a modalidade pregão para tais objetos se não se subsumirem às hipóteses de “bens e serviços comuns” descritas no art. 1º, *caput*, da Lei nº 10.520/2002.

47. No tocante às alegações de que serviços de engenharia corriqueiros poderiam ser licitados mediante pregão (i) e de que “bens e serviços comuns” seria conceito jurídico indeterminado (iii), mostra-se relevante tecer alguns comentários.

48. *De fato*, serviços comuns de engenharia podem ser licitados mediante pregão. Tal questão de direito é inclusive objeto do Enunciado de Súmula do TCU nº 257: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002.”

49. Também não se ignora a relativa indeterminação jurídica do conceito “bens e serviços comuns”, descrito no art. 1º, *caput*, da Lei nº 10.520/2002, principalmente ao trasladá-lo para o âmbito de “obras e serviços de engenharia”.

50. Nesse ponto, realmente haveria certa discricionariedade do gestor em classificar “obra ou serviço de engenharia” como “bem ou serviço comum”, passível de ser licitado por meio de pregão (alegação iv).

51. Contudo, a conceituação de obra ou serviço comum de engenharia estaria limitada à discricionariedade técnica, haja vista que a indeterminação do conceito jurídico não lhe retira limites impostos pela hermenêutica.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

52. Em outras palavras, seria dizer que se a legislação indeterminou certo conceito cuja delimitação compete a outras ciências, interessa buscar os limites conceituais para além das fontes usuais do Direito.

53. Nessas situações, os tribunais brasileiros, mormente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas têm utilizado a Teoria dos Halos Conceituais, de Philip Heck, para resolução de dúvidas relativas a conceitos jurídicos indeterminados. Cite-se, *e.g.*, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 167.137-8² e o acórdão prolatado no Agravo nº 969.325 (TCEMG)³.

54. Enterría e Fernandez⁴, ao estudar o “método” de Heck, explicam que o conceito indeterminado possui núcleo fixo ao redor do qual orbita imediatamente zona de certeza positiva. À medida que se distancia desse núcleo, há uma zona intermediária ou *zona gris* de certeza.

55. Se a delimitação do conceito extrapola, em muito, a distância do núcleo fixo, adentra-se a zona de certeza negativa, quer dizer, atinge-se tamanha elasticidade do arbítrio da linguagem que é possível afirmar que o significado pretendido pelo intérprete certamente se desvinculou do significante (objeto da interpretação).

56. Sobre a questão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em entrevista ao Tribunal de Contas, esclareceu muito bem o exame de conceitos jurídicos indeterminados à luz da Teoria dos Halos Conceituais (*Begriffshof*):

² “EMENTA: TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO de seus membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. AÇÃO POPULAR desconstitutiva do ato. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da CF. NOTÓRIO SABER - Incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeita-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação.”

³ “EMENTA: [...] 6. Ainda que não haja normatização desta Corte quanto ao prejuízo ao contraditório, torna-se patente, mediante análise à luz da Teoria do Halo Conceitual (*Begriffshof*) – aplicável à análise de conceitos jurídicos indeterminados –, que o transcurso de período superior a uma década entre a ocorrência dos fatos apurados e a primeira comunicação encaminhada ao responsável está inserto em zona de certeza negativa (*negative Kandidaten*) no tocante à observância do contraditório material. [...]”

⁴ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990, p. 396.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

No Direito Alemão, alguns autores, no caso de conceitos de valor, falam que a Administração dispõe de “certa margem de apreciação”. Não usam, nesse caso, a palavra discricionariedade. É aquela história da zona de certeza positiva e zona de certeza negativa. Entre ambas, remanesce uma “zona cinzenta”. Se o juiz chegar nessa zona cinzenta em que a motivação da Administração é adequada, ele não pode substituí-la.

O Professor Celso Antônio diz que na lei, na regra jurídica, um conceito pode parecer indeterminado, como ocorre com o de notório saber jurídico. É indeterminado, ninguém vai negar que é; mas, ao ser aplicado num caso concreto, para dizer que uma pessoa tem notório saber jurídico, a matéria de fato vai ajudar a chegar a uma conclusão.

O currículo é a prova de que alguém realmente tem notório saber jurídico. Já houve um caso em que a nomeação de um juiz para Tribunal Federal, indicado pelo quinto constitucional, foi anulada por ação popular. Ele era formado há mais de 20 anos, tinha pouca experiência no exercício da advocacia, nenhum livro ou artigo publicado... Então, a matéria de fato comprovou, sem sombra de dúvida, que ele não tinha notório saber jurídico, chegando-se a uma zona de certeza negativa.

Mas, suponha-se que houvesse uma zona cinzenta: ele não é um grande jurista, mas tem o currículo respeitado, a decisão está adequadamente motivada em fatos comprovados. Aí reside a discricionariedade. Nessa situação, o Judiciário não poderá invalidar a nomeação do juiz. (Grifos nossos).⁵

57. A Teoria dos Halos Conceituais aplica-se ao caso em apreço, porquanto discute-se a conceituação de “bem ou serviço comum”, termo que, mesmo com o auxílio das disciplinas zetéticas, claramente guarda certa indeterminação, com razoável margem interpretativa para o aplicador do Direito.

58. Em concreto, o certame visou à contratação de “empresa especializada em reforma, **restauração, revitalização e ampliação** da Câmara Municipal de Rio Acima” (fl. 20). Ressalte-se que **o prédio está localizado em área do Conjunto Paisagístico da Estação Ferroviária de Rio Acima, tombado em 2007** (fls. 30-36).

59. O objeto do certame envolveu, portanto, demolição (fl. 14), restauração, revitalização e edificação (ampliação) **em área com tombamento paisagístico, o que indubitavelmente, ao contrário do que afirmaram os defendentes, não corresponde a serviço ou obra corriqueira** – zona de certeza negativa.

60. Em que pesem as alegações da defesa, este Ministério Público de Contas entende que o objeto da contratação está situado numa clara **zona de certeza negativa** no

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: entrevista. **Revista do TCEMG**, Belo Horizonte, v. 82, n. 1, p. 15-26, jan./mar. 2012, p. 20-21.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

tocante ao seu enquadramento como “serviços comuns de engenharia” descritos na Súmula TCU nº 257.

61. Assim, em consonância com a manifestação da Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia deste Tribunal, remanesce a irregularidade do apontamento de utilização ilícita da modalidade pregão para a contratação pretendida, de responsabilidade do Sr. Ivanildo Adriano da Rocha, **Presidente da Câmara Municipal à época e signatário do edital**, e do Sr. Douglas Nascimento Rodrigues, **Assessor Jurídico**.

IV. Falha na elaboração do projeto básico ou memorial descritivo

62. Consoante peça inicial, o projeto básico não possui adequada especificação dos materiais e dos métodos construtivos, não observou normas técnicas nem teve aprovação pelo Conselho de Patrimônio Histórico. Ainda foi apontada a ausência de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART – do autor do projeto, bem como de sua assinatura e identificação nos elementos gráficos e textuais (planilha orçamentária e memorial descritivo).

63. Em sua defesa, os responsáveis alegaram que: “Além de constar no memorial descritivo a especificação dos materiais e os métodos construtivos, ainda faz parte dos projetos o detalhamento dos materiais, como características, quantidade e tamanho”. (fl. 425).

64. Os defendentes ainda ressaltaram que do próprio embargo administrativo municipal à obra constava qualificação do responsável técnico, a arquiteta Gisele Benícia Cardoso Oliveira.

65. A Unidade Técnica, em reexame, manifestou-se pela procedência do apontamento de irregularidade constante da inicial.

66. Como salientado pela CFOSE, o memorial descritivo constante dos autos não possui as especificações mencionadas pela defesa. Assim, carecia o procedimento licitatório de elementos mínimos para adequada apresentação de propostas pelas sociedades licitantes, porquanto o memorial não descrevia efetivamente a especificação dos materiais (detalhamento, características, quantidade e tamanho).

67. A questão é objeto da Súmula TCU nº 261:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

68. No tocante à assinatura e qualificação do responsável pelo memorial descritivo, não assiste razão à defesa. A questão ora em discussão não envolve o registro, na Prefeitura, de um responsável técnico pela obra, mas sim a responsabilidade pelo memorial descritivo e os custos estimados, haja vista que todos esses documentos foram assinados pelo próprio Presidente da Câmara Municipal.

69. Não se trata de mera formalidade, mas sim de competência técnica, a qual carecia ao Presidente da Câmara, para fazer as referidas estimativas e memorial descritivo.

70. Dessa forma, entendemos remanescer as irregularidades apontadas na peça inicial, de responsabilidade do Sr. Ivanildo Adriano da Rocha, Presidente da Câmara Municipal à época, **signatário do edital e do memorial descritivo**, e do Sr. Douglas Nascimento Rodrigues, **Assessor Jurídico**.

V. Ausência da composição de custos, inclusive detalhamento do BDI

71. O Denunciante também apontou a ausência de detalhamento do BDI na composição de custos da obra licitada.

72. A defesa alegou que o TCU permite “a incidência do BDI de forma destacada ao final da planilha sobre todo o montante dos custos diretos” (fl. 427). E conclui que “[...] há a descrição dos serviços de cada banheiro, como pias e vasos sanitários que serão instalados, tamanho da tubulação, diâmetro do cano e o material (PVC) etc.” (fl. 427).

73. Em reexame, a CFOSE manifestou-se pela manutenção da irregularidade.

74. O Instituto de Engenharia, em seu Regulamento, conceitua as Bonificações e Despesas Indiretas – BDI – como uma taxa que soma ao custo de uma obra para fazer face às despesas indiretas que tem o construtor, levando em conta os riscos e as despesas financeiras que decorram do serviço, entre outros.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

BDI é uma taxa que se adiciona ao custo de uma obra para cobrir as despesas indiretas que tem o construtor, mais o risco do empreendimento, as despesas financeiras incorridas, os tributos incidentes na operação, eventuais despesas de comercialização, o lucro do empreendedor e o seu resultado é fruto de uma operação matemática baseados em dados objetivos envolvidos em cada obra.⁶

75. Mediante detida análise dos autos, este *Parquet* verifica ser procedente o apontamento da Denúncia, uma vez que, em momento algum, foi detalhado o BDI.

76. Como já salientado anteriormente, as planilhas de custos são genéricas e não permitem inferir, com clareza, nem mesmo os custos diretos da obra, o que prejudica ainda mais a avaliação dos custos indiretos e daqueles relativos à gestão de riscos da obra.

77. Em que pese o argumento da defesa, entendemos que, em verdade, ele não contradiz o apontamento inicial, mas sim acaba por ratificá-lo. Isso porque afirma que os custos diretos da obra estão apresentados, sem mencionar o cálculo do BDI, implica efetivamente desconsiderá-lo no orçamento, impactando sobremaneira nas propostas a serem apresentadas por eventuais licitantes.

78. Sobre o tema, importa consignar a redação da Súmula TCU nº 258, que deixa clara a necessidade de o BDI ser detalhado especificamente, e não comportar descrições genéricas.

Súmula 258

As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão “verba” ou de unidades genéricas.

79. Assim, acorde com a Unidade Técnica, entendemos que permanece a irregularidade apontada na inicial, de responsabilidade do Sr. Ivanildo Adriano da Rocha, Presidente da Câmara Municipal à época, **signatário do edital e do memorial descritivo**, e do Sr. Douglas Nascimento Rodrigues, **Assessor Jurídico**.

⁶ INSTITUTO DE ENGENHARIA. **Metodologia de cálculo da taxa do BDI e custos diretos para a elaboração do orçamento na construção civil**. Atualizado em 2009. Disponível em: <https://www.institutodeengenharia.org.br>. Acesso em: 28 ago. 2019.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

VI. Antecipação da avaliação de capacidade técnica operacional para fase de análise de propostas técnicas e sessão de lances

80. Em breve apontamento, a inicial denunciou irregularidade em o Município exigir análise prévia do atestado de capacidade técnica operacional, com estipulação de cláusula editalícia sem amparo legal.

81. Na peça de defesa, os responsáveis alegaram que se trata apenas de uma medida de cautela, com o intuito de evitar que “empresas sem a devida qualificação técnica, exigida no Edital, venha apenas causar transtornos na fase de apresentação da proposta escrita e lances verbais” (fl. 452).

82. Os defendentes levantam, ainda, argumento “pragmático”: “05 (cinco) empresas retiraram o edital, das quais 03 (três) realizaram visita técnica e 02 (duas) compareceram para o certame”. (fl. 452)

83. A CFOSE, em reexame, manifestou-se pela insuficiência argumentativa para desconsiderar o apontamento. Manteve, pois, a irregularidade.

84. Nas mesmas peças de defesa em que sustentam a possibilidade de licitar obras e serviços de engenharia por meio de pregão, os responsáveis defendem que a fase de habilitação seja prévia à das propostas e lances, típico das modalidades ordinariamente previstas na Lei nº 8.666, de 1993.

85. Na prática, isso corresponderia, a uma terceira modalidade licitatória, com alteração na ordem de fases do certame, pois não se cogita de um pregão presencial com fase de habilitação prévia.

86. A tentativa implícita da defesa de demonstrar a baixa lesividade da alteração de fases do certame também carece de sustentação prática. Os números mencionados sugerem baixa participação no certame, pois houve apenas duas sociedades empresárias que efetivamente foram para a fase de lances.

87. Portanto, entendemos ser irregular a previsão editalícia em apreço, que alterou a ordem das fases do pregão, à revelia da legislação atinente à matéria, de responsabilidade do Sr. Ivanildo Adriano da Rocha, Presidente da Câmara Municipal à época, **autoridade que**



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

homologou o certame, do Sr. Douglas Nascimento Rodrigues, **Assessor Jurídico**, e da Sra. Hethane de Fátima Fernandes Brito, **Pregoeira**.

VII. Dano ao erário – ICMS Cultural

88. Em manifestação preliminar, este Ministério Público de Contas requereu diligência com o intuito de obter informações sobre a situação de tombamento do prédio da Câmara Municipal, uma vez que o edital prevê serviços que se enquadrariam como mutilação ou demolição e que o Município de Rio Acima é beneficiário de repasses estaduais relativos ao ICMS Cultural para preservação do patrimônio histórico e cultural.

89. Sabe-se que o tombamento é um instrumento jurídico regulamentado por lei federal de caráter nacional (Decreto-lei nº 25 de 1937) que tem por objetivo impor a preservação de bens materiais, **públicos** ou privados, aos quais se atribui valor cultural para a comunidade na qual estão inseridos.

90. No tombamento, o **entorno** é a área de proteção localizada na vizinhança do bem tombado. Ela é delimitada junto com o processo de tombamento. Nela, são impostas limitações, com vistas a impedir que novos elementos afetem a integridade do bem tombado.

91. Por isso, **a área do entorno sofre a interferência do processo de tombamento e não pode ser descaracterizada sem a autorização dos órgãos competentes de proteção do Patrimônio Cultural.**

92. Nesse sentido é a jurisprudência:

O disposto no artigo 18 do DL 25/37 considera que, sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade. Sendo assim, é irregular a realização de obras destinadas à ampliação de imóvel situado no entorno imediato de bens tombados integrantes do conjunto arquitetônico e urbanístico do município de Sabará, no estado de MG, com o acréscimo de um terceiro andar, **sem a obtenção de prévia autorização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nos termos do art. 18 do DL 25/37.**

Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF 1ª Região – Processo 2005.38.00.030304-5. Nova Numeração 0030014-72.2005.4.01.3800. Quinta Turma. Relator Desembargador Federal Fagundes de Deus.

93.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

94. Diligenciado, o Município de Rio Acima encaminhou declaração subscrita pelo Presidente do Conselho Municipal do Patrimônio Cultural e Natural de Rio Acima (fl. 457), na qual este afirma que o tombamento recai sobre o Conjunto Paisagístico da Antiga Ferroviária de Rio Acima. Da declaração consta que a Câmara Municipal faz parte do “Entorno do Perímetro do Bem Tombado, e não o bem tombado” (fl. 457).

95. Como se pode notar, a redação da declaração juntada está confusa, não tendo sido juntado cópia do Decreto Municipal nº 12, de 27 de março de 2007, reiteradamente mencionado, que tombou a Estação Ferroviária.

96. Igualmente, a Lei Municipal nº 1.130 (sem data na declaração), embora mencionada, também não foi juntada. Em verdade, sequer há menção de sua ementa ou qualquer outro indicativo sobre o objeto da legislação.

97. Registre-se que, em consulta aos *sites* da Câmara Municipal e da Prefeitura Municipal de Rio Acima, não conseguimos obter a redação do decreto nem da lei mencionada na declaração à fl. 457.

98. Portanto, entendemos que a diligência não foi materialmente cumprida, porquanto o ofício encaminhado ao Tribunal de Contas não é claro em sua redação e nem se fez acompanhar da legislação atinente (Decreto nº 12/2007 e Lei nº 1.130).

99. Contudo, em ponderação dos critérios desencadeadores do controle externo descritos no art. 226, do Regimento Interno, em especial o da oportunidade (tempestividade) – os autos já tramitam nesse Tribunal há mais de quatro anos –, com a regra de imprescritibilidade de dano ao erário (art. 37, § 5º, da Constituição da República), entendemos ser necessária a reiteração da diligência e, havendo indícios de lesão à Fazenda estadual, o débito e a responsabilidade devem serem apurados em autos apartados.

VIII. Outras irregularidades

100. Os responsáveis também foram citados para se defenderem contra outras irregularidades apontadas na inicial que foram ratificadas no estudo preliminar da Unidade Técnica, listadas a seguir:

- i.* ausência de autorização e parecer prévio do Conselho Municipal



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

do Patrimônio Artístico e Cultural para realização de reforma em edificação tombada;

- ii.* não apresentação de estimativa de impacto orçamentário-financeiro, em desobediência ao disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal;
- iii.* não anexação, na fase interna do procedimento licitatório, de justificativa para a realização da obra/serviço, do cronograma físico financeiro, bem como de projetos relacionados que haviam sido anteriormente apresentados à Prefeitura;
- iv.* desclassificação irregular da empresa Arkad Empreendimentos Ltda. ME decorrente da ausência de reconhecimento de firma de seu procurador em documentos apresentados, bem como pela realização de visita técnica sem presença de engenheiro civil da empresa;

101. Os responsáveis não apresentaram defesa contra tais irregularidades, à exceção da ausência de autorização e parecer prévio do Conselho Municipal do Patrimônio Artístico e Cultural para realização de reforma em edificação tombada. Sobre essa irregularidade, como já informado anteriormente, limitaram-se a mencionar o Decreto Municipal nº 12/2007 e a Lei Municipal nº 1.130 (sem ano), sem juntá-las aos autos.

102. Dessa forma, este Ministério Público de Contas também ratifica as irregularidades arroladas – nos termos da inicial e do estudo da CFOSE –, de responsabilidade do Sr. Ivanildo Adriano da Rocha, Presidente da Câmara Municipal à época, **signatário do edital e autoridade que homologou o certame**, do Sr. Douglas Nascimento Rodrigues, **Assessor Jurídico**, e da Sra. Hethane de Fátima Fernandes Brito, **Pregoeira**.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

IX. Edital com cláusulas manifestamente ilegais – parecer jurídico *pro forma*

103. Nos autos consta o parecer jurídico emitido na fase interna (fl. 87) do procedimento licitatório.

104. Justificou-se a citação do advogado parecerista porquanto o edital, no estado em que se encontra, padece de vícios que, no nosso entender, são evidentes e sem lastro em teoria jurídica firme, à revelia da jurisprudência pacífica do TCU, das decisões do TCEMG e da legislação vigente.

105. Após o exame do referido parecer, entendemos que foi emitido como documento meramente *pro forma*, o que atenta contra o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes **devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.**

106. O parecer constante às fls. 87-88 limita-se a afirmar apenas a possibilidade de licitar o objeto na modalidade pregão, mas não se manifesta sobre as diversas outras irregularidades patentes, como a ausência de projeto básico detalhado, memorial descritivo assinado por profissional sem competência técnica para subscrevê-lo, alteração das fases do pregão sem lastro legal, entre diversas outras.

107. Ao final, no parecer às fls. 306-313, o Assessor Jurídico permanece silente em relação a todas essas irregularidades flagrantes e ainda recomenda a homologação do certame.

108. Assim, a manifestação do advogado apresentou conteúdo extremamente genérico e deficitário, sem examinar nenhum outro ponto relevante da licitação, o que delinearia o erro grosseiro (culpa grave) necessário para responsabilização do advogado.

109. Sobre a questão, insta ressaltar decisão do TCU que considerou ilegal parecer jurídico genérico, o qual não analisou materialmente as cláusulas editalícias.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

Os pareceres jurídicos exigidos pelo art. 38 da Lei 8.666/1993 integram a motivação dos atos administrativos. Devem apresentar abrangência suficiente para tanto, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame. **É ilegal a adoção de pareceres jurídicos sintéticos, com conteúdo genérico, sem a demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos.** (Grifos nossos).

(TCU. Plenário. Acórdão nº 1944/2014. Relator: min. André de Carvalho. Sessão de 27 jul. 2014).

110. Dessa forma, entendemos que os pareceres jurídicos referentes ao procedimento licitatório – de responsabilidade do Sr. Douglas Nascimento Rodrigues, Assessor Jurídico –, não atendem ao comando do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, tendo concorrido para as irregularidades perpetradas.

CONCLUSÃO

111. Pelo exposto, este Ministério Público de Contas OPINA pela:

- a) **procedência parcial** da Denúncia para considerar irregular a:
 - a.1) ausência de autorização e parecer prévio do Conselho Municipal do Patrimônio Artístico e Cultural para realização de reforma em edificação tombada;
 - a.2) não apresentação de estimativa de impacto orçamentário financeiro, em desobediência ao disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal;
 - a.3) não anexação, na fase interna do procedimento licitatório, de justificativa para a realização da obra/serviço, do cronograma físico financeiro, bem como de projetos relacionados que haviam sido anteriormente apresentados à Prefeitura;
 - a.4) desclassificação irregular da empresa Arkad Empreendimentos Ltda. ME decorrente da ausência de reconhecimento de firma de seu procurador em documentos apresentados, bem como pela realização de visita técnica sem presença de engenheiro civil da empresa;
 - a.5) falha na elaboração do memorial descritivo, que não detalha os serviços a serem prestados, tendo sido assinado pelo próprio Presidente da Câmara Municipal;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Sara Meinberg

- a.6) ausência da composição de custos , inclusive detalhamento do BDI;
- a.7) adoção da modalidade “pregão” para licitar obras e serviços de engenharia, que envolvem demolição, restauração, revitalização e edificação (ampliação) em área com tombamento paisagístico;
- a.8) antecipação da avaliação de capacidade técnica operacional para fase de análise de propostas técnicas e sessão de lances.
- b) **aplicação das penas** previstas no art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 ao **Sr. Ivanildo Adriano da Rocha**, Presidente da Câmara Municipal à época, à **Sra. Hethane de Fátima Fernandes Brito**, Pregoeira, e ao **Sr. Douglas Nascimento Rodrigues**, Assessor Jurídico;
- c) **intimação do Município de Rio Acima** para submeter ao Tribunal de Contas cópia do Decreto nº 12, de 2007, e da Lei nº 1.130, bem como do Dossiê de Tombamento do Conjunto Paisagístico da Antiga Ferroviária de Rio Acima a fim de, se for o caso, **apurar eventual dano ao erário estadual – referente aos repasses do ICMS Cultural – em autos apartados.**

112. É o parecer.

Belo Horizonte, 05 de março de 2020.

Sara Meinberg
Procuradora do Ministério Público de Contas