

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL
DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 1007554

NATUREZA: DENÚNCIA

JURISDICIONADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE JAPONVAR

RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO ELVECIO

TCMG PROTOCOLO 23/10/20 14:29 0066329 MAD 11

LEONARDO DURÃES DE ALMEIDA, Prefeito do Município de Japonvar, devidamente qualificado, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de Vossa Excelência, com fulcro nos artigos 334 e seguintes, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas (Resolução nº. 12/2008), interpor o presente **RECURSO ORDINÁRIO**, contra Acórdão proferido pela Primeira Câmara, nos autos do Processo nº. 1007554, nos seguintes termos:

1. SÍNTESE DA DEMANDA:

Trata-se de Denúncia, com pedido de liminar, formulada por **Alessandro Ricardo P. Veloso**, em face do Processo Licitatório nº. 031/2017 - Tomada de Preços nº. 002/2017, publicado pela **Prefeitura Municipal de Japonvar**, cujo objeto consistiu na *"contratação dos serviços de profissional técnico-especialista para assessoria e*



consultoria jurídica em licitações e contratos administrativos com emissão de pareceres”.

O Acórdão julgou procedente os seguintes apontamentos lançados na Denúncia:

ACÓRDÃO

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

- I) afastar, preliminarmente, a ilegitimidade passiva suscitada pela Sra. Juliane Alves Correa;
- II) julgar, no mérito, parcialmente procedentes os apontamentos denunciados pelo Sr. Alessandro Ricardo P. Veloso, em face das irregularidades encontradas no Processo Licitatório n. 031/2017 – Tomada de Preços n. 002/2017, que culminou com a contratação do profissional Rodrigo Marcelo Batista Pereira para realizar serviços rotineiros, permanentes e não-excepcionais do Município de Japonvar;
- III) julgar irregulares os itens editalícios denunciados:
 - 2) Da inadequação do tipo técnica e preço, devendo ser usado o tipo menor preço, uma vez que o certame não denotou o atendimento da situação contemplada no *caput* do art. 46 da Lei n. 8.666/93;
 - 3) Da ausência de critérios objetivos para o julgamento das propostas técnicas: subitem 11.1 do edital, pelas exigências contidas no inciso I (atribuição de pontos de acordo com o tempo de experiência do licitante no setor público) e inciso II (atribuição de pontos de acordo com o tempo de inscrição do licitante na OAB para comprovação de experiência em gestão pública); subitem 11.3, pela exigência de comprovação de *expertise* exclusiva no setor público e subitem 11.4, pela exigência de que os atestados e declarações sejam emitidos há 6 meses da licitação, pela documentação exigida de forma excessiva e desnecessária para o certame, que não encontrou respaldo na Lei n. 8.666/93;
- 4) Visita técnica com data pré-definida, pelo excesso na exigência do Atestado de Visita Técnica para habilitação, contida no subitem 10.2, letra “c”, do edital, uma vez que não era imprescindível, em razão do aspecto do objeto licitado, podendo ser substituída por declaração do licitante, de que obteve as informações sobre as condições e peculiaridades do objeto, em obediência ao art. 3º, *caput* e § 1º, inciso I, e art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/93, bem como o art. 37, inciso XXI, da CR/88; e

TCMG PROTOCOLO 23/10/20 14:29 0066329 MAO 11

5) Da contratação de profissional com atribuições prescritas em lei, em detrimento da realização de concurso público, que é a regra, expressa no art. 37, II da CR/88, considerando que o Processo Licitatório n. 031/2017 – Tomada de Preços n. 002/2017, pretendeu contratar serviços rotineiros, permanentes e não-excepcionais de orientação quanto às licitações, contratos, ajuizamento e acompanhamento das ações normais da Prefeitura de Japonvar, entre outros, quando esta, em princípio, já existia quadro de pessoal, criado por lei, contemplando o Cargo de Advogado e a Administração não comprovou que a contratação desses serviços, por meio desta licitação, seria, em razão das peculiaridades locais, a solução mais eficiente e econômica;

- IV) aplicar multa individual, nos termos do art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), para cada item e subitem, ao Sr. Leonardo Durães de Almeida, Prefeito de Japonvar e ordenador de despesa, e a Sra. Juliane Alves Correa, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, signatária do edital, pelas irregularidades descritas nos itens 2; 3 (subitem 11.1: incisos I e II; subitem 11.3 e subitem 11.4) e item 4 acima descritos, no tocante às exigências de documentos incompatíveis com o objeto licitado, que não encontraram respaldo na Lei n. 8.666/93, perfazendo um total de R\$3.000,00 (três mil reais);
- V) aplicar multa quanto ao item 5, que tratou da contratação de profissional com atribuições prescritas em lei, no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), somente ao Sr. Leonardo Durães de Almeida, a quem competia, durante todo o período de sua gestão, nos anos de 2017 a 2020, prover cargos públicos e organizar os serviços internos das repartições municipais, tendo em vista que desde o ano de 2015 o Município de Japonvar já tinha previsto corpo jurídico no plano de cargos e vencimentos na Lei Complementar n. 287/2015, somada a intenção reiterada de contratação permanente de serviços advocatícios, em detrimento da realização de concurso público, que é a regra, nos termos art. 37, II da CR/88;
-

2. DA INDEVIDA RESPONSABILIZAÇÃO DO PREFEITO

Inicialmente destaca-se que as irregularidades apontadas no Acórdão estão relacionadas diretamente a procedimentos de cunho único e exclusivamente técnico operacional os quais não tiveram a participação direta do Prefeito.

É certo que o Chefe do Executivo Municipal tem deveres de bem administrar e zelar pelo patrimônio público. Porém, mais certo ainda é que o Prefeito não é um ser onipresente, capaz de acompanhar detalhadamente todos os atos administrativos

praticados por todas as centenas de servidores públicos. E é exatamente aí que reside o limite de sua responsabilidade.

O Prefeito pode e deve responder por aquilo que praticou enquanto administrador público. Porém, não pode lhe ser imputada responsabilidade pelos atos de terceiros, aos quais foram delegadas importantes funções públicas, inclusive que prescindem de conhecimento técnico elevado para tal.

Por isso, a responsabilidade do Prefeito deve ser analisada com o devido critério, razão pela qual deve ser excluída toda e qualquer responsabilização meramente burocrática e sem a prova da má-fé ou dolo, quanto à suposta irregularidade.

Certo é que não é de responsabilidade do Prefeito a definição do tipo de licitação a ser adotado, tão pouco a elaboração do edital.

Corroborando com o exposto o Tribunal de Contas da União entendeu que:

“Não cabe a responsabilização de dirigente de órgão ou entidade por irregularidade que só poderia ser detectada mediante completa e minuciosa revisão dos atos praticados pelos subordinados, sobretudo na presença de pareceres técnico e jurídico recomendando a prática do negócio jurídico, salvo quando se tratar de falha grosseira ou situação recorrente, que impede o reconhecimento da irregularidade como caso isolado.”
(Acórdão 1529/2019 Plenário - Pedido de Reexame, Relator Ministro Benjamin Zymler) (gn)

Portanto, não havendo a comprovação de má conduta do Prefeito de Japonvar envolvendo os atos supostamente considerados irregulares, incabível sua responsabilização.

Não obstante o exposto, passa-se à análise dos apontamentos apresentados.

3. DA SUPOSTA IMPROPRIEDADE DO TIPO DE LICITAÇÃO “TÉCNICA E PREÇO” COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO CERTAME

O tipo licitatório adotado para deflagração desta licitação cujo objeto foi devidamente detalhado no Anexo I do Edital, foi minuciosamente elaborado de acordo com as características e peculiaridades dos serviços que necessitavam ser contratados pelo Setor Requisitante à época dos fatos.

O referido objeto trata-se de prestação de **serviços técnicos especializados em ASSESSORIA E CONSULTORIA jurídica em licitações e contratos administrativos com emissão de pareceres**, ou seja, **atividade de natureza predominantemente INTELECTUAL**, considerados pelo artigo 13, incisos II, III, V, VI, e § 3º, da Lei Federal nº. 8.666/1993, como “**serviços técnicos profissionais especializados**”:

*“Art. 13. Para os fins desta Lei, **consideram-se serviços técnicos profissionais especializados** os trabalhos relativos a: [...]*

*II - **pareceres**, perícias e avaliações em geral;*

*III - **assessorias ou consultorias técnicas** e auditorias financeiras ou tributárias;” (gn)*

Cristalino é que o referido objeto não se qualifica como prestação de “serviços comuns”, justamente em razão da complexidade intelectual e especificidade técnica

que lhe é inerente, afinal, trata-se de serviços de maior amplitude e com diversas peculiaridades, que se encarta como serviço de alta especialização e de técnica jurídica específica do direito administrativo, além de trazer consigo o caráter de irrestrita confiança que deve nortear o relacionamento dela decorrente.

A escolha visou salvaguardar o interesse público de ocorrências nefastas ao sucesso das futuras contratações, evitando o risco de contratar prestadores de serviços sem condições técnicas necessárias à perfeita execução dos serviços.

Ademais, a administração municipal possui servidores efetivos qualificados na EXECUÇÃO dos serviços rotineiros, entretanto, não obstante a capacidade indiscutível desses servidores, durante a EXECUÇÃO surgem questões de ALTA COMPLEXIDADE TÉCNICA, que exigem conhecimento tanto CIENTÍFICO/TÉCNICO quanto PRÁTICO JURÍDICO que fogem à capacidade dos servidores, fazendo emergir a necessidade de um SUPORTE ESPECIALIZADO, que é concretizado através da CONSULTORIA e ASSESSORIA TÉCNICA.

Com toda certeza, o critério de julgamento “MENOR PREÇO”, não atenderia a necessidade da administração, e poderia redundar em uma contratação INEFICAZ e INEFICIENTE, com profissionais com conhecimento igual ou até inferior ao dos servidores municipais, o que representaria mal uso do dinheiro público.

É dever da Administração Pública se cercar de garantias de que os contratos que celebra serão executados de forma eficaz e eficiente. Nesse sentido, o tipo de licitação “Técnica e Preço” é o meio previsto pela Lei de Licitações para se alcançar referido objetivo.

É evidente que não se pode estabelecer qualquer comparação entre o serviço rotineiro do setor de licitações de natureza comum, com o objeto contratado pela

Administração Municipal, pois a natureza do serviço que foi licitado é altamente especializada, devendo ser realizado além da instrução comum.

Nesse trilhar, Marçal Justen Filho leciona:

“[...] a licitação de menor preço será adequada para os casos em que a variação da qualidade técnica da prestação (além de um limite mínimo aceitável) for irrelevante para a satisfação das necessidades estatais [...]” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 389) (gn)

Acrescenta ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“A preferência do legislador pelo critério do preço e as restrições ao critério da técnica podem trazer dificuldades à Administração nas licitações para determinados contratos em que, mesmo sem estarem presentes os requisitos previstos no § 3º do artigo 46, seria aconselhável levar em consideração a técnica utilizada. Isso ocorre em especial **nos contratos de obras e serviços técnicos especializados, em que A SELEÇÃO PELO CRITÉRIO EXCLUSIVO DO PREÇO PODE LEVAR A ADMINISTRAÇÃO A TER QUE ACEITAR PROPOSTA QUE, SOB O PONTO DE VISTA DA TÉCNICA, NÃO É A MELHOR; ISTO, EVIDENTEMENTE, CONTRARIA O INTERESSE PÚBLICO.**”* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 404.) (g.n.).

Trata-se, portanto, o objeto do certame de serviços intelectuais que exigem do prestador conhecimentos específicos e de grau elevado, e apenas **profissionais altamente especializados em Direito Público** são capazes de atender a demanda da Administração Pública com qualidade e eficiência.

Portanto, era indispensável a avaliação de “Proposta Técnica” de cada uma das licitantes interessadas para que o Município de Japonvar conseguisse selecionar a proposta mais vantajosa (técnica e economicamente) e suficiente para a satisfação de suas demandas e de todo o interesse público envolvido na gestão e condução da máquina pública.

A finalidade da utilização do tipo licitatório “Técnica e Preço” foi única e exclusivamente resguardar o interesse do Poder Executivo de Japonvar no que tange à perfeita execução do objeto licitado, almejando preservar a competição entre aqueles que reuniram reais condições de executar objeto compatível ao licitado.

Dessa forma, a complexidade e a especificidade própria dos serviços licitados os retiram do rol dos serviços de natureza comum, caracterizando-os, por outro lado, como serviços que demandam intelectualidade e individualidade, nos termos do art. 13 da Lei Federal nº 8.666/93.

O Acórdão nº. 497/2003 do Tribunal de Contas da União foi favorável à adoção do tipo “Técnica e Preço” em caso semelhante e, na oportunidade, ainda ressaltou que a escolha do tipo licitatório trata-se de DISCRICIONARIEDADE do gestor público, vejamos:

“Como se depreende da descrição dos serviços pretendidos pela Codesp, itens 1 e 2 supra, ficou caracterizada a natureza intelectual dos mesmos, que não podem ser confundidos com serviços advocatícios rotineiros e/ou genéricos, como a execução judicial de títulos de crédito. As atividades ali discriminadas - consultoria, assessoria, e postulação em juízo - reclamam conhecimento nos diversos ramos da ciência jurídica: administrativo, tributário, previdenciário e comercial; e exigem habilidades intelectuais.”

[...] por tratar-se de serviços técnicos, de natureza predominantemente intelectual, previstos no art. 13 da Lei 8.666/1993, entendendo que a seleção da proposta mais vantajosa não poderia ser concretizada mediante a simples comparação de preços ofertados. Nesses casos, a Lei nº 8.666/1993 prevê a utilização de critérios técnicos, que permitem a avaliação e classificação das propostas dos licitantes de acordo com parâmetros pertinentes e adequados ao objeto licitado (art. 46). Desse modo, mister concluir-se que mais adequado, para o caso em comento, seria o tipo técnica e preço ou melhor técnica.

[...] assiste razão ao representante quanto à inadequação da escolha do tipo de licitação, em face da natureza e da relevância dos serviços licitados. Deve, portanto, a Codesp, visando à seleção da proposta mais vantajosa, nos termos dispostos no caput do art. 3º da Lei 8666/1993, adotar, e aqui reside a discricionariedade deste ato administrativo, um dos tipos de licitação insertos nos incisos II e III do art. 45 da referida Lei - melhor técnica ou técnica e preço -, corrigindo os conflitos indicados pelo representante entre o objeto e a qualificação técnica, e respeitando, assim, os incisos I e VII do art. 40." (gn)

Por fim, ressalta-se que não existe na Lei Federal nº. 8.666/1993, nem tampouco na jurisprudência vigente, vedação à utilização do tipo de licitação "Técnica e Preço" para serviços técnicos especializados, muito pelo contrário, a lei indica esse tipo de licitação expressamente para serviços dessa natureza. Tanto é que no Projeto de Lei do Senado nº. 559/2013, em seu artigo 83, consta como obrigatória a utilização de licitação do tipo "Técnica e Preço" para serviços dessa natureza:

*“Art. 83. Observadas as disposições da contratação dos serviços em geral e as vedações a terceirização, **quanto aos serviços técnicos profissionais especializados**: [...]*

*Parágrafo único. Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, **os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão ser** escolhidos mediante a realização de concurso ou **licitados pelo critério de julgamento de técnica e preço.**”*
(gn)

Por tais razões, o objeto licitado requer necessariamente análise técnica da proposta, sendo plenamente cabível a utilização do tipo “**TÉCNICA E PREÇO**”, nos termos do artigo 46, da Lei Federal nº. 8.666/1993, não havendo falar-se em irregularidade na escolha do tipo licitatório.

4. DOS CRITÉRIOS TÉCNICOS PARA AFERIÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA

O Acórdão apontou as seguintes irregularidades:

Assim, a documentação exigida nos subitens 11.1, 11.3 e 11.4 do instrumento convocatório foi – a meu ver – excessiva e desnecessária para o certame e não encontra respaldo na Lei n. 8.666/93, pelo que a considero irregular.

Por isso, aplico multa individual ao Prefeito Municipal de Japonvar, Sr. Leonardo Durães de Almeida e à Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sra. Juliane Alves Correa, diante da ausência de critérios objetivos para o julgamento das propostas técnicas revelada na documentação excessiva exigida nos subitens 11.1, 11.3 e 11.4 do edital da Tomada de Preços n. 02/2017, como comprovação de *expertise* exclusiva no setor público e que os atestados e declarações fossem emitidos há 6 meses da licitação, em ofensa ao disposto no art. 30, §§1º e 5º, da Lei n. 8.666/93.

Inicialmente destaca-se que a cláusula 11ª do edital não refere-se à habilitação das licitantes, mas aos requisitos para análise das PROPOSTAS TÉCNICAS, portanto,

incabível julgar irregulares os itens 11.1, 11.3 e 11.4 por ofensa ao art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93, posto que este dispositivo trata especificamente dos documentos a serem exigidos para fins de HABILITAÇÃO no certame, o que, conforme já destacado, não é o caso.

Deste modo, as exigências constantes na cláusula 11ª - **PROPOSTA TÉCNICA**, visam assegurar à Administração Municipal que haverá boa técnica na prestação dos serviços licitados, e estas não se confundem com aquelas (**QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**), uma vez tratar-se de documentação para pontuação integrante da Proposta Técnica.

O art. 46, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº. 8.666/1993 é o dispositivo que rege as propostas técnicas, e apenas define que os critérios a serem inseridos no edital sejam objetivos e estejam relacionados ao objeto, daí a relevância de se averiguar a experiência e capacitação dos profissionais que prestarão os serviços:

"Art. 46 [...]

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução." (gn)

O item 11.1 do edital elenca critérios OBJETIVOS para aferição da pontuação técnica das licitantes:

11.1 A proposta técnica será avaliada através de pontuação – no intervalo de 0 (zero) a 100 (cem) pontos considerando-se os parâmetros estabelecidos no quadro abaixo:

I – Experiência do licitante no setor público (até 30 pontos)	Critérios	Pontuação
	Tempo acima de 10 (dez) anos	30 pontos
	Tempo acima de 5 (cinco) anos até 10 (dez) anos	15 pontos
	Tempo acima de 2 (dois) anos até 5 (cinco) anos	10 pontos
	Tempo abaixo de 2 (dois) anos	0 pontos

II – Experiência profissional do licitante (até 20 pontos)	Advogado graduado e inscrito na OAB há mais de 09 (nove) anos, com experiência comprovada em gestão pública.	20 pontos
	Advogado graduado e inscrito na OAB com tempo acima de 5 (cinco) anos até de 09 (nove) anos, com experiência comprovada em gestão pública.	10 pontos
	Advogado graduado e inscrito na OAB com tempo acima de 2 (dois) anos até de 5 (cinco) anos, com experiência comprovada em gestão pública.	5 pontos

III – Qualificação profissional do licitante - Tempo de Registro na OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) (até 20 pontos)	Tempo acima de 9 (nove) anos	20 pontos
	Tempo acima de 5 (cinco) anos até 9 (nove) anos	10 pontos
	Tempo acima de 2 (dois) anos até 5 (cinco) anos	5 pontos
	Tempo abaixo de 02 (dois) anos	0 pontos

IV – Cursos realizados pelo profissional (até 30 pontos)	Doutorado em Direito (strictu sensu)	30 pontos
	Mestrado em Direito (strictu sensu)	20 pontos
	Pós Graduação em Direito (lato sensu)	10 pontos

Os itens I, II e III objetivam averiguar a experiência dos prestadores de serviços, enquanto o item IV afere a formação e capacitação dos proponentes.

Ora, resta cristalino que os critérios acima descritos não infringem a Lei, ao contrário, atendem ao disposto no art. 46, § 1º, I da Lei nº 8666/93, que trata especificamente da PROPOSTA TÉCNICA em licitações do tipo TÉCNICA E PREÇO.

O Acórdão julgou irregular o item 11.3 do edital por exigir a comprovação de experiência no setor público, considerando que tal exigência restringe a

competitividade, na medida em que poderia ser aceita a comprovação de experiência no setor privado. Vejamos o disposto na cláusula condenada:

11.3 A experiência do licitante no setor público (Item I) correspondente ao tempo, em anos de atuação na execução de serviços de assessoria e consultoria técnica e/ou jurídica no setor público, com características técnicas similares às do objeto da presente licitação, devendo ser comprovada por intermédio de declaração(ões), atestado(s) de prestações de serviços desta natureza, fornecidos(s) por pessoas jurídicas de direito público e/ou cópias de contratos firmados com órgãos públicos.

Inicialmente há que ressaltar que o objeto licitado é assessoria e consultoria jurídica em licitações e contratos administrativos com emissão de pareceres para a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, portanto, conforme disposto no art. 46 da Lei das Licitações, exigir a comprovação de experiência na prestação de serviços no setor público é PERTINENTE E ADEQUADO ao objeto.

Ora, obviamente é necessário que o contratado para prestar serviços de assessoria e consultoria jurídica em contratos e licitações com emissão de pareceres para o Executivo Municipal, possua conhecimento e experiência no setor público, já que conhecimento nas áreas afetas ao direito privado não garante a prestação eficaz dos serviços.

Ademais, não há que se falar em restrição de competitividade, pois, a exigência editalícia condenada não impediu a participação de interessados no certame, mas apenas aferiu PONTOS para fins de análise da proposta técnica.

Corroborando com o exposto, o próprio Tribunal de Contas de Minas Gerais, assim considerou ao analisar caso análogo:

"DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO À AMPLA

PARTICIPAÇÃO NO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. [...]
O Relator examinou o item 6.2 do instrumento convocatório apontado na denúncia como irregular, confrontando-o com a informação apresentada pela Câmara Municipal, e **verificou que a cláusula questionada não estabelecia como requisito para a participação na licitação a comprovação de experiência mínimo, e, sim, facultava ao licitante tal comprovação para fins de apuração da pontuação da proposta técnica, conforme Anexo X do edital (fl. 34), que estabelecia o limite de pontos para o quesito “experiência profissional”. Assim, o Relator concluiu pela ausência de restrição à participação de licitantes e indeferiu a liminar pleiteada (fls. 138/139). [...]** Coaduno com as razões expostas pelo **Relator à época, que indeferiu a liminar, sob o entendimento de que o item 6.2, alínea “a”, inciso III, do Edital de Tomada de Preços nº 01/2013 estabelece requisito para fins de pontuação na fase de habilitação, como exigência da qualificação técnica, e não para participação no certame.”** (Denúncia nº. 886.463 – Relatora: Adriene Andrade – 30/11/2015) (gn)

No que se refere ao item 11.4.1, este respeitável Tribunal entendeu:

No que é pertinente à exigência contida no subitem 11.4.1, que exigiu como prova de desempenho anterior, a apresentação de atestados emitidos há, no mínimo, 6 meses, entendo que o edital não pode impor restrição ao prazo em que foi emitido o atestado, muito menos obrigar que este tenha sido emitido em época específica, pois não possui “prazo de validade”; ele é perene, perpétuo. A experiência adquirida pelo licitante não desaparece com o tempo; a partir do momento em que é expedido o atestado, consolidou-se a prova incontestada da aptidão técnica do licitante.

Vejamos o disposto na cláusula editalícia:

11.4.1 A documentação comprobatória deverá ser feita através de declaração(ões), atestado(s) de prestações de serviços desta natureza, fornecidos(s) por pessoas jurídicas de direito público e/ou cópias de contratos firmados com órgãos públicos, nunca inferior a 06 (seis) meses anteriores à data da licitação, bem como a comprovação de experiências anteriores.

Não foi exigida a comprovação da experiência através de atestados EMITIDOS há 6 meses, conforme entendeu o Tribunal, exigiu-se a comprovação de experiência pelo período mínimo de 6 meses, independentemente da época em que o atestado tenha sido emitido.

Ora, se o objetivo do requisito era averiguar a experiência das licitantes, nada mais isonômico que demarcar um lapso temporal mínimo para demonstração da experiência, inclusive porque, um ou dois meses de atuação em determinada área não garante ao executor o mínimo de experiência para assumir a responsabilidade que a contratação do objeto demandava.

Em caso análogo, a Unidade Técnica do TCEMG entendeu pela possibilidade de verificação de tempo mínimo de experiência através das propostas técnicas, sem que esta situação configurasse restrição da competitividade:

*“Com essas considerações a Unidade Técnica faz coro com o Conselheiro Relator, pois o item do edital denunciado (6.2, alínea “a”, inciso III) **não trata de exigência relacionada à fase de habilitação, não afastando, assim, qualquer candidato da participação no certame. Trata-se, sim, de uma referência temporal para fins de apuração da pontuação da proposta técnica**, como bem fundamentaram os responsáveis no documento acostado às propostas técnica, como bem fundamentaram os responsáveis no documento acostado às fls. 63/66. Além do mais, o licitante têm a faculdade de apresentar os atestados, certidões ou declarações comprobatórias da experiência profissional*

com a indicação do período de prestação de serviços para fins de contagem de pontos, sem que sejam aliçados do certame por indicar serviços de duração inferior a um ano. Diante do exposto, essa Unidade Técnica entende que o item 6.2, letra "a", inciso III, do edital, não restringe a participação de potenciais licitantes no certame, por se tratar de exigência de experiência profissional para fins de pontuação na apresentação de proposta técnica, e, não, para fins de habilitação." (Denúncia nº. 886.463) (gn).

Assim sendo, com base no posicionamento da Unidade Técnica e Ministério Público de Contas, que ratificou o reexame daquela, a Relatora da Denúncia concluiu:

"Pelo exposto, tendo ficado demonstrado que a exigência contida no item 6.2 do edital não é requisito para participação no certame e, consequentemente, que não há irregularidade do item apontado como restritivo à ampla participação, julgo improcedente a denúncia apresentada contra o procedimento licitatório nº 07/2013, regido pelo Edital de Tomada de Preços nº 01/2013, promovido pela Câmara Municipal de Pedralva e determino, após o cumprimento das medidas cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal." (gn)

Portanto, inconteste que a cláusula 11ª do edital não infringiu dispositivo de Lei e atendeu a necessidade da Administração Pública, devendo ser revista a decisão que a apontou como irregular.

5. DA SUPOSTA IRREGULARIDADE APONTADA NA VISITA TÉCNICA

Consta no Acórdão combatido:

Como o objeto do certame é a prestação de serviços advocatícios não me parece razoável, exigir visita ao local, uma vez que o conhecimento deste não teria impacto na elaboração das propostas, nem tampouco no cumprimento das obrigações previstas no contrato, não sendo legítima tal imposição, salvo se houvesse justificativa, em função do objeto a ser licitado, o que não foi o caso dos autos. Explico.

O entendimento predominante nesta Corte é o de que a visita técnica está atrelada ao juízo de oportunidade e conveniência da Administração, desde que a exigência seja pertinente com o objeto da licitação e não comprometa, restrinja ou frustre o caráter competitivo da licitação.

Vejamos o disposto no edital:

10.2. Para a habilitação nesta Tomada de Preços será exigida a seguinte documentação:

[...]

c) Declaração de visita técnica, fornecida por este Município, através de seu Departamento Municipal de Licitações e contratos, conforme anexo IX, atestando que a licitante visitou e tem pleno conhecimento dos serviços que serão prestados. As visitas técnicas poderão ser realizadas no período de 20/02/2017 a 24/02/2017 e previamente agendadas com a Servidora Jacyara Mendes Ferreira, através do telefone: (38) 3231-9122.

c.1) Caso o licitante opte por não realizar visita técnica nos termos descritos na alínea acima, deverá apresentar declaração de dispensa da visita, conforme Anexo X, sob pena de inabilitação.

Embora conste no Acórdão que foi EXIGIDA a realização da visita técnica, analisando o instrumento convocatório, dúvidas não restam de que em momento algum a realização da visita foi IMPOSTA ou EXIGIDA para fins de habilitação no certame.

A visita técnica tem a finalidade de garantir ao licitante o direito de certificar-se das condições em que os serviços deverão ser prestados, portanto, não se trata de obrigação imposta pela Administração. Por isso, consta no edital que é o licitante quem definirá se fará ou não a visita, podendo, para fins de habilitação, caso OPTE por não realizar a visita, apenas apresentar a declaração de dispensa da visita.

Corroborando com o exposto, o TCU já afirmou:

“As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não uma obrigação imposta pela Administração, motivo pelo qual devem ser uma faculdade dada pela Administração aos participantes do certame.” (TCU – Acórdão nº 234/2015 – Plenário) (gn)

Ora, se *in casu* a visita técnica foi FACULTADA, caracterizando-se como um DIREITO dos licitantes, de que modo o caráter competitivo foi comprometido? Simplesmente não foi, posto que todos os que se interessaram em participar do certame não deixaram de fazê-lo pela impossibilidade de realizar a visita, já que poderiam apresentar a declaração de dispensa da visita e serem habilitados.

De qualquer modo, ainda que este respeitável Tribunal entenda que alínea ‘c’ da cláusula 10.2 do edital devesse ser respaldada por justificativa, considerando o conteúdo da alínea ‘c.1’ do mesmo dispositivo, quais foram os prejuízos ocasionados capazes de justificar a aplicação da penalidade de multa imposta no presente Acórdão? Não houve, devendo ser, portanto, no máximo, motivo de recomendação para casos futuros.

6. DA CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL PARA EXECUTAR SERVIÇOS SUPOSTAMENTE PREVISTOS COMO ATRIBUIÇÃO DE SERVIDORES

O objeto licitado não trata-se de atividade-fim da Administração, posto que não se refere a contratação de profissional para executar serviços jurídicos rotineiros, que são atribuições dos servidores municipais, mas licitou-se a contratação dos serviços de **CONSULTORIA** jurídica.

Vejamos o objeto licitado:

1 – Assessoria e consultoria jurídica ao departamento de licitações e contratos do município de Japonvar/MG, observando as seguintes condições e abrangendo os seguintes serviços, concomitantemente:

- a) O serviço deverá ser prestado por profissional regularmente inscrito na OAB – Ordem dos Advogados do Brasil;
- b) **Orientação** quanto à implementação dos procedimentos relacionados às legislações (lei nº. 8.666/93, lei nº. 10.520/02, lei complementar nº. 123/06, lei complementar nº. 147/2014 e demais legislações pertinentes);
- c) **Orientação** e apoio na elaboração das minutas dos editais, dos contratos e anexos que compõem as minutas;
- d) **Orientação** e apoio na elaboração das respostas às impugnações e recursos administrativos;
- e) Emissão de pareceres jurídicos para subsidiar a tomada de decisões e desenvolvimento de ações de natureza complexa;
- f) Acompanhamento dos certames realizados in loco e em tempo real;
- g) A licitante deverá manter um profissional disponível para a realização de, ao menos, duas visitas semanais para atendimento à demanda acima apresentada.

Nota-se que a contratação visou a prestação de serviços de CONSULTORIA E EMISSÃO DE PARECERES em assuntos COMPLEXOS que não são condizentes com as atribuições da Procuradoria Municipal.

A simples existência de cargo de advogado e/ou procurador no plano de cargos do município não inviabiliza a contratação dos serviços de Consultoria jurídica em assuntos de maior complexidade, como é o caso concreto. Vejamos o posicionamento jurisprudencial sobre o tema:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. CARTA-CONVITE. EXISTÊNCIA DE CORPO JURÍDICO MUNICIPAL QUE NÃO INVIABILIZA O CERTAME. RESPEITO ÀS REGRAS DO ART. 22, III, § 3º E 23, II, A DA LEI Nº 8.666/93. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE ATO QUE ATENTE CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92 NÃO CONFIGURADA. [...]

2. A existência de corpo jurídico no âmbito da Municipalidade, só por si, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para a Prefeitura.” (Recurso Especial nº 1.626.693/SP – 1ª Turma – Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – DJE nº 2193, div. 02/05/2017, pub. 03/05/2017)

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. ADVOGADO DA CEF. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS. POSSIBILIDADE. PRETERIÇÃO NÃO COMPROVADA. [...]

3. Há a possibilidade de contratação de advogados pela Administração Pública, mesmo quando haja corpo jurídico próprio, em virtude de circunstâncias excepcionais ou nos casos de demandas que exijam alto grau de especialização acerca de determinada matéria.” (TRF – 2ª Região, Agravo de Instrumento nº 2013.02.01.00147-0, 7ª Turma, Rel. Des. Federal José Antônio Lisboa Neiva, E-DJF2R, 21/05/2013)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADVOGADO. ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA MEDIANTE TERCEIRIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. [...]

2. A circunstância da instituição ter promovido concurso público para selecionar advogados, a serem integrados ao seu quadro de pessoal,

não é obstáculo à terceirização, que pode ser empregada, desde que não haja a coincidência de atribuições.

3. O próprio Tribunal de Contas da União – TCU, a que se referiram os impetrantes, admitiu a possibilidade da terceirização de atividade-meio, examinando, justamente, representação em que se tratava da contratação de escritórios de advocacia pelo Banco Nordeste do Brasil S/A – BNB.” (TRF – 5ª Região, Apelação Cível nº 522472/CE - 3ª Turmam Rel. Des. Federal Luiz Alberto Gurgel, Rel. Conv. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho – DJE nº 147, 30/07/2012)

Portanto, considerando que o objeto licitado visou a prestação de serviços diversos e de maior complexidade, à disposição inclusive para consultas da Procuradoria Municipal, não há irregularidade na contratação, ainda que seja incluído no Concurso Público nº 01/2020, atualmente suspenso por causa da pandemia do novo Coronavírus, vaga para o cargo de Advogado estatuído pela Lei Complementar nº 287/2015, conforme recomendado por esta Corte de Contas.

7. CONCLUSÃO:

Por estes fundamentos, a responsabilidade do Recorrente deve ser analisada com o devido critério, razão pela qual deve ser excluída toda e qualquer responsabilização meramente burocrática e sem a prova da má fé, má gestão, ou dolo, quanto à suposta irregularidade apurada por este Egrégio Tribunal de Contas.

Portanto, o que a Administração objetivou foi tão somente assegurar contratação que atendesse ao princípio constitucional da eficiência, quando da contratação dos serviços técnicos especializados em Consultoria Jurídica, motivo pelo qual, não há que se falar em irregularidade praticada pelo Recorrente.

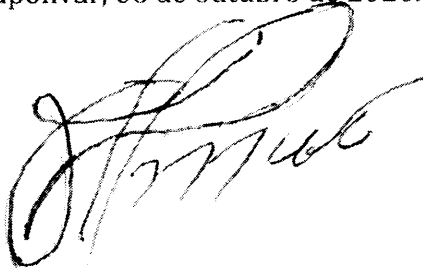
8. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS:

Pelos motivos expostos e em atenção aos jurídicos fundamentos expendidos nestas razões recursais, provada à saciedade e a interposição tempestiva do presente **RECURSO ORDINÁRIO**, com fundamento no Princípio da Segurança Jurídica, pugna o Recorrente:

- a) Seja conhecido e dado provimento integral ao presente **RECURSO ORDINÁRIO**, para reformar o Acórdão que ora se combate, declarando a legalidade do procedimento licitatório, uma vez que não há comprovação de prática de atos ilegais, ímprobos e antieconômicos;
- b) Sejam excluídas as multas aplicadas ao Recorrente, uma vez que não existe nenhuma irregularidade na condução do processo licitatório em epígrafe, ensejadoras de aplicação de qualquer espécie de penalidade pecuniária;
- c) Por fim, e o que se admite apenas no caso de não serem aceitos os argumentos apresentados, rogamos que adotem prática similar à do Tribunal de Contas da União nas análises de processos licitatórios, expedindo RECOMENDAÇÃO ao Recorrente, o que efetivamente terá caráter pedagógico, ao invés da aplicação de multa, em analogia ao art. 275, inciso III, da Resolução nº. 12/2008 desta Corte de Contas.

Nestes termos, pede deferimento.

Japonvar, 06 de outubro de 2020.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. M. Silva', written over a horizontal line.