

PROCESSO Nº: 1.066.549
NATUREZA: DENÚNCIA
ÓRGÃO: CÂMARA MUNICIPAL DE SANTA LUZIA
DENUNCIANTE: EXPERTS INFORMÁTICA EIRELI EPP
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO
ANO REF.: 2019

REEXAME

I. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos acerca da Denúncia oferecida pela empresa Experts Informática Eireli EPP (fls. 01/09v - Peça nº 07- SGAP), diante de supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 001/2017 e na execução dos Contratos Administrativos nº 011/2017 e nº 006/2018, instaurado pela Câmara Municipal de Santa Luzia/MG para prestação de serviço e fornecimento, mediante locação, de sistemas integrados de informática destinados ao Processo Legislativo da Câmara Municipal.

Em síntese, a denunciante apontou as seguintes irregularidades (fls. 01/09v - Peça nº 07- SGAP):

- a) Exigência de mais de um atestado de capacidade;
- b) Ausência do termo de avaliação do sistema de informática subscrito pelos membros da comissão de avaliação designada pela Câmara; e
- c) Exigência de visita técnica como condição de habilitação.

Foram juntados, à denúncia (fls. 01/09v - Peça nº 07- SGAP) os documentos referentes ao Pregão Presencial nº 001/2017 e aos Contratos Administrativos nº 011/2017 e nº 006/2018 (fls. 15/47v - Peça nº 07- SGAP).

A Coordenadoria de Protocolo e Triagem manifestou-se pela autuação dos documentos como denúncia (fls. 67/68v - Peça nº 07- SGAP).

Em seguida, o Conselheiro Presidente determinou a autuação e distribuição dos autos como denúncia (fl. 69 - Peça nº 07- SGAP).

Na sequência, o processo foi distribuído para relatoria do Conselheiro Substituto Adonias Monteiro (fls. 70 - Peça nº 07- SGAP).

Em 02/04/2019, o Conselheiro-Relator encaminhou os autos a esta Unidade Técnica para análise inicial (fls. 71 - Peça nº 07- SGAP).

Como medida de complementação de instrução processual, esta Coordenadoria solicitou a realização de diligência para que o Sr. Ivo da Costa Melo (atual Presidente da Câmara Municipal de Santa Luzia) encaminhasse a documentação arrolada, necessária ao exame dos fatos denunciados (fls. 72/72v - Peça nº 07- SGAP).

Acolhendo o pedido de diligência, o Relator determinou a intimação do referido agente público para que apresentasse esclarecimento acerca dos fatos denunciados, bem como encaminhasse as documentações solicitadas, sob pena de aplicação de multa (fls. 74/74v - Peça nº 07- SGAP).

Regularmente intimado, o atual Presidente da Câmara Municipal de Santa Luzia, Sr. Ivo da Costa Melo, acostou aos autos a sua manifestação acompanhada da documentação requerida (fls. 77/85 - Peça nº 07- SGAP).

Nestes termos, os autos retornaram a este Órgão Técnico para análise inicial (fl. 86 - Peça nº 07- SGAP).

A 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em exame inicial, concluiu pela irregularidade dos seguintes fatos (fls. 87/90 - Peça nº 07- SGAP):

- a) Exigência de mais de um atestado de capacidade; e
- b) Ausência do termo de avaliação do sistema de informática subscrito pelos membros da comissão de avaliação designada pela Câmara.

Em manifestação preliminar, o Ministério Público de Contas requereu o aditamento da denúncia, acrescentando as seguintes irregularidades (fls. 92/94 - Peça nº 07- SGAP):

- a) Ausência de estabelecimento de preços máximos; e
- b) Insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa, o Conselheiro-Relator determinou a citação do representante legal da empresa Binário Service Ltda-ME, do Sr. Sandro Lúcio de Souza Coelho (Presidente da Câmara Municipal à época, subscritor do edital e do contrato administrativo nº 011/2017) e do Sr. João Rodrigues dos Santos (Presidente da Câmara Municipal à época, subscritor do contrato administrativo nº 006/2018) (Peça nº 09 - SGAP).

Em cumprimento à determinação, o Sr. Sandro Lúcio de Souza Coelho (Presidente da Câmara Municipal à época) e o Sr. Leandro Pinto do Nascimento (Representante legal da empresa Binário Service Ltda.- ME) apresentaram suas defesas, constantes das Peças nº 16 e 19 - SGAP, respectivamente.

Por fim, os autos retornaram a este Órgão Técnico para reexame, em cumprimento a determinação do Relator, contida na Peça nº 09 – SGAP.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Passamos a analisar a defesa do Sr. Sandro Lúcio de Souza Coelho (Presidente da Câmara Municipal à época) e do Sr. Leandro Pinto do Nascimento (Representante legal da empresa Binário Service Ltda.- ME) referente às irregularidades no Pregão

Presencial nº 001/2017 e nos Contratos Administrativos nº 011/2017 e nº 006/2018, instaurado pela Câmara Municipal de Santa Luzia (Peças nº 16 e 19 – SGAP).

Registre-se que embora regularmente citado, o Sr. João Rodrigues dos Santos não se manifestou acerca da denúncia. Nessa esteira, entende-se que a ausência da defesa nos autos, não prejudica o reexame desse processo.

II.1 Da carência de documentação suficiente para o prosseguimento da denúncia

O defendente destacou que não há nos autos a cópia integral do processo licitatório. Em decorrência disso, tornou-se impossível o exame da matéria controvertida, uma vez que não tinha acesso à documentação completa do certame. Isso se deve, ao fato de o recorrente não ocupar mais a função de presidente da Câmara Municipal de Santa Luzia (fls. 2/3 - Peça nº 16 – SGAP).

Análise

No caso em tela, verificou-se a presença dos seguintes documentos nos autos (Peça nº 07- SGAP):

- a) Cópia do edital do Pregão Presencial nº 001/2017;
- b) Cópia do Termo de Referência (ANEXO I);
- c) Cópia da Minuta do Contrato (ANEXO II);
- d) Cópia de credenciamento - Procurado (ANEXO III);
- e) Cópia da declaração de quem cumpre plenamente os requisitos de habilitação (ANEXO IV);
- f) Cópia da declaração de inexistência de empregado menor no quadro da empresa (ANEXO V);
- g) Cópia da declaração de microempresa ou empresa de pequeno porte (ANEXO VI);

- h) Cópia da declaração de inexistência de impedimento de licitar e contratar com a administração pública (ANEXO VII);
- i) Cópia do modelo para apresentação da proposta comercial (ANEXO VIII);
- j) Cópia da declaração de que conta com estrutura para atendimento (ANEXO IX);
- k) Cópia da declaração de que possui estrutura datacenter (ANEXO X);
- l) Cópia do contrato administrativo nº 011/2017;
- m) Cópia do contrato administrativo nº 006/2018; e
- n) Cópia da lista de presença treinamento -Binário Service.

Como se pode observar, os documentos apresentados nos autos são suficientes para apresentação da defesa acerca das irregularidades apontadas pela denunciante e pelo Ministério Público de Contas.

Além disso, os órgãos públicos municipais, estaduais e federais têm o dever de disponibilizar, na internet, as informações referentes aos recursos públicos. Caso esses dados não estejam divulgados nos sites, o cidadão tem o direito de requisitá-los ao respectivo órgão, conforme assegura a Lei de Acesso à Informação (LAI), Lei nº 12.527/2011.

Lei nº 12.527/2011:

(...)

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

(...)

IV - Informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

(...)

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.

2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.

§ 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público.
(Grifo nosso)

Nesse contexto, qualquer cidadão tem o direito de conhecer e obter cópias do procedimento licitatório, sem a necessidade de alegar qualquer motivo ou caracterizar o preenchimento de qualquer outra situação.

Logo, não se considera plausível a justificativa de não ter acesso à cópia integral do certame, devido ao motivo de não ser mais presidente da Câmara Municipal de Santa Luzia. Portanto, refutam-se os argumentos apresentados pela defesa.

II.2 Da ausência de representação adequada

A defesa alegou que *“não há nos autos, procuração ou qualquer documento válido no qual a empresa denunciante outorga poderes de representação a Débora Figueiredo de Melo”* (fl. 4 - Peça nº 16- SGAP).

Além disso, ressaltou que *“a assinatura posta na inicial não possui qualquer similaridade com a assinatura do documento do proprietário da empresa”* (fl. 4 - Peça nº 16- SGAP).

Em complemento a isso, o representante da empresa Binário Service Ltda. - ME dissertou que além de não apresentar a procuração na qualificação da signatária, existem diferenças nas assinaturas da denúncia, com o documento do representante legal (fl. 6 - Peça nº 19- SGAP).

Análise

Dentre as competências atribuídas ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, descritas no art. 1º da Lei Complementar nº 102/2008, inclui-se a prerrogativa de fiscalizar a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de atos que gerem receita ou despesa pública.

No exercício de tal mister, o Tribunal de Contas tem como valioso instrumento a figura da denúncia que tem o condão de apurar práticas de irregularidades e ilegalidades de atos ou fatos da administração pública, nos termos do art. 301 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 65 da Lei Complementar nº 102/2008:

Art. 301. Qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato poderá denunciar ao Tribunal irregularidades ou ilegalidades de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à sua fiscalização.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da denúncia:

I - referir-se à matéria de competência do Tribunal;

II - ser redigida com clareza;

III - conter o nome completo, a qualificação, cópia do documento de identidade e do Cadastro de Pessoa Física e o endereço completo do denunciante;

IV - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

V - indicar as provas que deseja produzir ou indício veemente da existência do fato denunciado.

§ 2º A denúncia apresentada por pessoa jurídica será instruída com prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la. (Grifo nosso)

Além disso, existe previsão expressa na Lei Nacional de Licitações, aplicável a todos os entes da federação, de que pessoas jurídicas representem junto às Cortes de Contas sobre irregularidades na aplicação daquela Lei, veja-se:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo. (grifo nosso).

No caso concreto, embora não haja documentos que comprovem a qualificação da Sra. Débora Figueiredo Melo como representante legal da empresa Experts Informática Eireli-EPP, esta Unidade Técnica entende que os indícios de irregularidades, por si só, são suficientes para ser objeto de análise por esta Corte de Contas.

Com relação à assinatura, não é possível afirmar, se o autografo presente no corpo da denúncia pertence ao Sr. Davi Gomes de Souza, representante legal da empresa Experts Informática Eireli -EPP.

Nesse sentido, qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos estão sujeitos à fiscalização deste Tribunal. Logo, não resta dúvida que a fiscalização dos procedimentos licitatórios, dos editais e contratos celebrados estão nessa seara, nos termos do art. 3º do mesmo diploma legal que trata das competências desta Corte, nos seguintes termos:

Art. 3º Compete ao Tribunal:

(...)

XVI - fiscalizar os procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados;

(...) (Grifo nosso)

Portanto, não há como afastar da apreciação desta Corte, referente às falhas relativas ao procedimento licitatório e à execução de contratos firmados pela Câmara Municipal de Santa Luzia. Desse modo, refutam-se os argumentos da defesa.

II.3 Da exigência de mais de um atestado de capacidade técnica

A defesa alegou que foram exigidos atestados de capacidade técnica com objetos completamente distintos entre si. Segundo o item 6.10.1 do edital, o licitante deveria apresentar atestado de capacidade técnica para desenvolver softwares legislativo desktop com site integrado com transmissão ao vivo da sessão e sistema de gabinete integrado ao software. Logo, os documentos são distintos, comprovando habilidades completamente diversas (fls. 4/5 - Peça nº 16- SGAP).

Salientou que embora o objeto da licitação seja a prestação de serviços e fornecimento, mediante locação de sistemas integrados de informática destinados ao processo legislativo da Câmara Municipal de Santa Luzia, o termo de referência do edital subdividiu o sistema em módulos que devem ser interligados, porém independentes entre si, a saber: (1) Sistema de Controle Legislativo; (2) Site da Câmara Municipal com interligação com Sistema Legislativo; (3) Sistema de transmissão ao vivo para no mínimo 400 espectadores simultâneos; (4) Sistema de Controle de Gabinete dos vereadores para o mínimo de 17 usuários e (5) Sistema de Mala Direta para no mínimo 17 usuários (fls. 5/6 - Peça nº 16- SGAP).

Além disso, discorreu que *“pode ocorrer que uma licitante tenha prestado apenas os serviços dos módulos (1), (4) e (5) para um órgão que tenha em seus quadros pessoal competente e capacitado para desenvolver seu site e transmitir as sessões através das redes sociais e prestado os serviços (1), (2) e (3) para outro, que não tenha interesse nos serviços de mala direta e controle de gabinetes, entre outros exemplos (fl. 6- Peça nº 16- SGAP).*

Ainda, em sua fundamentação, a defesa citou o doutrinador Marçal Justen Filho e os acórdãos nº 2.088/2004, nº 1.231/2016, nº 1.865/2012, nº 7.105/2014 do Tribunal de Contas da União (fls. 6/11 - Peça nº 16- SGAP).

Já o responsável pela empresa Binário Service Ltda.- ME - arguiu, em sua defesa, que a elaboração do edital de licitação é de responsabilidade exclusiva da Administração Pública. Em síntese, destacou também que o item 6.10.1 não restringiu a competitividade, já que a escolha dos atestados era discricionária e não obrigatória (fls. 7/9 - Peça nº 19- SGAP).

Análise:

Primeiramente, vale salientar que a administração pública tem o dever de licitar, para a aquisição de bens e serviços, no intuito de contratar a proposta mais vantajosa, sendo esta entendida como aquela que atende ao mesmo tempo padrões de qualidade e preço e, não necessariamente apenas um destes dois quesitos, conforme o artigo 37, XXI, da Constituição da República de 1988 e o artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93:

CR/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifo nosso)

Lei nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifo nosso)

Assim sendo, de acordo com os dispositivos supracitados, nas licitações “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, em outras palavras, qualquer limitação à participação no certame deverá ser motivada no sentido de ser necessário à boa execução do bem ou serviço contratado, sob pena de ofensa aos princípios que norteiam o processo licitatório, notadamente a isonomia, igualdade e impessoalidade.

Em complemento a isso, o art. 30 da Lei nº 8.666/93 estabelece que:

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

I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou

privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação., vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Grifo nosso)

Ademais, o Tribunal de Contas da União (TCU) se manifestou acerca do tema, *in verbis*:

Súmula TCU 263/2011:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

As exigências de capacidade técnica têm fundamento constitucional e não configuram, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo do certame, porém, devem ser sempre fundamentadas tecnicamente, de forma a demonstrar inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado (Acórdão 2.934/2014-Plenário.Relator Min. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 29/10/2014.) (Grifo nosso)

Portanto, não se deve interpretar o artigo 30, II, da Lei Federal nº 8.666/93, de forma a permitir somente a aceitação de atestados de capacidade técnica de objeto idêntico ao licitado.

Desse modo, no caso concreto, verificou-se que o item 6.10.1 do edital solicitou dois atestados de capacidade técnica, sendo um para o software legislativo desktop com site integrado com transmissão ao vivo da sessão e outro para o sistema de gabinete integrado ao software. Ou seja, foi exigido um atestado de capacidade técnica para cada objeto.

Além disso, a licitação permitiu que os atestados apresentados fossem emitidos tanto por pessoas jurídicas de direito público como de direito privado.

Assim, esta Unidade Técnica entende que o pregão não exigiu mais de um atestado de capacidade técnica para o mesmo objeto. Com isso, conclui-se que a exigência dos atestados era indispensável para a verificação da capacidade técnica das empresas concorrentes.

Logo, acatam-se as justificativas apresentadas pela defesa, considerando, assim, regular esse ponto da denúncia.

II.4 Da ausência do termo de avaliação do sistema de informática subscrito pelos membros da comissão de avaliação designada pela Câmara

O defendente enfatizou novamente que o denunciante não juntou a cópia integral do processo de licitação nos autos. Dessa maneira, apresentou o documento em anexo (fl. 12 - Peça nº 16- SGAP), no qual demonstrou que a Comissão de Avaliação realizou a avaliação técnica do software em 18/04/2017. Em outras palavras, certificou a aprovação da empresa vencedora (fls. 11/12 - Peça nº 16- SGAP).

Em suma, o representante legal da empresa Binário Service Ltda.- ME informou que cumpriu todas as exigências do edital para seu credenciamento e contratação, além de ter apresentado a proposta mais vantajosa para a administração, porém os questionamentos acerca do edital devem ser esclarecidos e justificados pelo órgão licitante (fl. 12 - Peça nº 19- SGAP).

Análise

Após análise dos autos, verificou-se que não há irregularidade nesse item da denúncia, visto que os defendentes apresentaram o termo de avaliação do sistema de informática subscrito pelos membros da comissão de avaliação (fl. 12 - Peça nº 16- SGAP e fl. 31 - Peça nº 19- SGAP).

Nestes termos, acatam-se as alegações de defesa apresentados pelos denunciados.

II.5 Da ausência de estabelecimento de preços máximos

O defendente apresentou os acórdãos nº 2989/2018 e nº 114/2000, no qual, em síntese, revelam que a divulgação dos preços considerados aceitáveis pela administração é ato discricionário do gestor, desde que não cause prejuízo aos interessados e que haja disponibilidade e meios para sua obtenção (fl. 14 - Peça nº 16-SGAP).

Em resumo, o responsável pela empresa Binário Service Ltda.- ME alegou que não é preciso divulgar a estimativa de preços no pregão. Dessa forma, permite que a negociação ocorra de maneira mais natural, podendo a administração obter uma proposta mais vantajosa para si (fl. 24 - Peça nº 19- SGAP).

Análise

O inciso X, art. 40 da Lei nº 8.666/93, dispõe que:

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (grifos nossos)

Especificamente sobre o pregão, a Lei nº 10.520/02 prescreve:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:
I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

(...)

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

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

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso; (Grifo nosso)

A rigor, tanto nas modalidades da Lei nº 8.666/93 quanto no pregão, há a obrigatoriedade de adoção de um parâmetro a ser utilizado para fins de aferição da aceitabilidade das propostas, que ocorre a partir da fixação do preço estimado ou do preço máximo para a contratação.

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem se pronunciado pela facultatividade de divulgação do orçamento no edital do pregão, cabendo aos gestores e pregoeiros avaliarem sua conveniência e oportunidade, a saber:

25. Para a primeira corrente, ‘no caso específico dos pregões, (...) o orçamento estimado em planilhas e os preços máximos devem necessariamente fazer parte do Termo de Referência, na fase preparatória do certame, e a sua divulgação é decisão discricionária do órgão organizador. São exemplos desse entendimento os Acórdãos 644/2006, 1925/2006, 114/2007, 1789/2009, todos do Plenário do TCU’.

26. Para a segunda corrente, que ‘abarca as situações que não sejam de pregões, tem-se farta jurisprudência no sentido de que o disposto do art. 40, inc. X, da Lei 8.666 obriga, e não faculta, a divulgação do orçamento estimado em planilhas e de preços máximos no instrumento convocatório. São exemplos desse entendimento os Acórdãos 697/2006, 50/2007, 610/2008, 1046/2008, 2170/2008, 727/2009, 1557/2009, 2410/2009 (Plenário-TCU), e os Acórdãos 330/2010 e 415/2010 (Segunda Câmara-TCU)’.

27. A reforçar essa segunda corrente, a unidade técnica mencionou a Súmula TCU nº 259/2010, que assim dispõe: ‘Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.’ (...) No caso do pregão, a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor

orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários — e, se for o caso, os preços máximos unitários e global — não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos — e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação — no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados os meios para obtê-los.

35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é

obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei n. 8.666/1993. (Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão n. 392/2011. Relator: min. José Jorge. Sessão de 16 fev. 2011. *DOU*, Brasília, 23 fev. 2011) (Grifo nosso)

Em 20/08/2014, o TCU reafirmou seu posicionamento na sessão plenária, decidindo que:

na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Todavia, sempre que o preço de referência ou o preço máximo fixado pela Administração for utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a sua divulgação em edital torna-se obrigatória. (Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.166/2014. Relator: Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 20 ago. 2014.) (Grifo nosso)

Nessa linha, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também se manifestou pela obrigatoriedade de que a planilha de composição de preço conste como anexo do edital do pregão, *in verbis*:

Compulsando os autos, constato que não consta, dentre os anexos do ato convocatório, a planilha de custos unitários, o que indica que ela, de fato, não compunha o edital, não tendo sido, portanto, objeto de publicação. Considero, assim, irregular a ausência de publicidade do orçamento estimado em planilha de preços unitários, pois contrária ao disposto no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/93, o qual exige que o ato convocatório indique “o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso. (Tribunal de Contas. Primeira Câmara. Denúncia n. 838.897. Relator: Cons. Cláudio Couto Terrão, Sessão de 19 fev. 2013)

Cumpre ressaltar que, conforme disposto no art. 9ª da Lei 10.520/2002, aplicam-se subsidiariamente ao pregão, as disposições da Lei 8.666/93. Esta, por conseguinte, dispõe em seu art. 40, X, a necessidade de constar no edital o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação dos preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência. Assim, o que o art. 40, X, da referida Lei exige é a previsão de uma referência de preços. Aliás, é esta uma das funções do Termo de Referência que deve conter o valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, bem como a avaliação do custo pela administração diante do orçamento detalhado.

Insta ressaltar que se trata de inobservância dos ditames legais a não indicação do valor estimado da contratação bem como a não anexação do orçamento estimado em planilha de custos unitários ao edital. Contudo, o Poder Público tenta mitigar este rigor deixando à disposição dos interessados que, se quiserem, possam obter cópia dele. Enfatiza-se que isso também é a *contrario legis*, porquanto o inc. II do § 2º do art. 40 da Lei n. 8.666/93 exige que o orçamento estimado seja verdadeiramente anexado ao edital: (Tribunal de Contas. Segunda Câmara. Denúncia n. 875.848. Relator: Cons. Presidente Eduardo Carone Costa. Sessão de 24 mai. 2012) (Grifo nosso)

Em complemento a isso, acrescenta-se o entendimento do TCU quanto à obrigatoriedade de fixação de preços máximos nos processos licitatórios:

ACORDÃO:

9.1. conhecer da presente representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso IV, do Regimento Interno/TCU para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

(...)

9.5. determinar à Cepisa que, em futuros editais de licitação:

9.5.1. fixe, de maneira clara e objetiva, os critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global, bem como estabeleça os preços máximos aceitáveis para a contratação dos serviços, tendo como referência os preços de mercado e as especificidades do objeto, conforme disposto no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93 e nas orientações contidas na Decisão nº 60/1999-TCU-1ª Câmara e nos Acórdãos nº 957 e nº 1297/2003-TCU-Plenário; [VOTO]

6. Verifico, também, que o citado projeto básico não estabelece critérios de aceitabilidade de preços que permitam uma avaliação objetiva das propostas apresentadas pelas licitantes. A Cepisa não explica, nos autos, porque considerou a proposta inicialmente vencedora exorbitante (18,47% acima do valor estimado), desclassificando-a, e a proposta vencedora dentre as empresas que acorreram ao segundo chamado aceitável (14,48% acima do valor estimado).

7. Assinalou a unidade técnica, com razão, que este Tribunal vem adotando o entendimento manifestado na Decisão nº 60/1999-TCU-1ª Câmara que o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal da lei [art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93], é obrigação do gestor e não sua faculdade. Entretanto, a

interpretação no sentido de que o citado dispositivo legal encerra apenas uma faculdade, alegada nestes autos e sistematicamente observada em processos apreciados pelo Tribunal, pode ser considerada plausível. Nesse sentido, o posicionamento desta Casa, via de regra, tem sido o de disseminar aos gestores o entendimento da obrigatoriedade da fixação do referido limite máximo visando licitações futuras (Acórdão nº 1090/2007-TCU-Plenário). Assim, o mesmo caminho deve ser adotado no caso sob exame. Nesse sentido, embora determinação corretiva sobre a questão tenha sido efetuada à Cepisa pelo item 9.11.1 do Acórdão nº 1422/2006-TCU-Plenário, penso que deva ser reiterada nesta oportunidade, ante a sua relevância. Diante desse encaminhamento, não há que se falar em débito e instauração de tomada de contas especial, nos termos propostos pela Secex/PI”¹.

(...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do presente pedido de reexame, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento, alterando, todavia, a redação do item 8.5.1 da Decisão nº 417/2002 - Plenário e, ainda, acrescentando-lhe o subitem 8.5.1.1, da seguinte forma:

8.5.1. acrescente cláusula definindo os critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, tendo por limite os valores estimados no orçamento a que se refere o inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93, desclassificando a proposta que não atender a esse critério, com base nos arts. 40, inciso X, e 48, inciso I, da mesma lei;

8.5.1.1. sem prejuízo da observância do disposto no art. 101 da Lei nº 10.707/2003, os valores dos preços unitários tratados no item 8.5.1 obedecerão aos registrados no sistema SICRO regional, devendo eventuais exceções, decorrentes de particularidades da obra que justifiquem a extrapolação desse limite, estar devidamente embasadas em justificativas técnicas, acompanhadas de cálculo analítico, para cada item de serviço, que demonstre a adequabilidade do valor adotado.² (Grifo nosso)

¹ TCU – AC-1768-33/08-P. Sessão 20-08-2008. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Grifos adotados.

² TCU – AC-1564-41/03-P. Sessão 22-10-2003. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Grifos adotados.

Portanto, independente do regime da licitação adotado, seja por preço global ou preço unitário, os critérios de aceitabilidade de preços máximos unitários e/ou global devem estar presente em alguma fase do processo licitatório.

No caso em tela, verificou-se, nos autos, que não existem preços máximos estabelecidos no procedimento licitatório.

Pelo exposto, mantém-se a irregularidade apontada pelo Ministério Público de Contas.

II.6 Da insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários

O defendente alegou ser impossível o exame de tal matéria, visto que o denunciante não chegou a juntar a cópia integral do processo de licitação em referência. Nesse contexto, sustenta que somente com a cópia integral do processo de licitação é possível atestar a regularidade da situação apontada pelo MPC (fl. 15 - Peça nº 16- SGAP).

Em suma, o representante da empresa Binário Service Ltda.- ME afirmou que o órgão licitante deve justificar a opção de não divulgar os preços que servirão de critério de aceitabilidade da proposta, lembrando que qualquer cidadão pode pedir vistas do processo, desde que não esteja selado pelo sigilo administrativo e/ou judicial (fl. 26 - Peça nº 19- SGAP).

Análise

O inciso II, do § 2º do art. 7 da Lei nº 8.666/93, dispõe que:

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

(...) (Grifo nosso)

Além disso, o Decreto Federal nº 3.555/2000, em seu art. 8º, estabelece que:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

(...) (Grifo nosso)

Em complemento a isso, o art. 40, § 2º, II, da Lei Federal nº 8.666/1993, define que:

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

(...) (Grifo nosso)

Dessa maneira, para que a Administração Pública possa avaliar as propostas é imprescindível que ela tenha elaborado um orçamento estimado em planilhas dos preços unitários, previamente à abertura do certame. Ou seja, tal orçamento serviria como parâmetro para a elaboração das propostas pelos particulares (os quais teriam acesso por meio do edital da licitação) e para o julgamento das propostas pela Administração.

Este Tribunal de Contas já se manifestou sobre o assunto em decisão de mérito entendendo que a Administração Pública tem o dever de elaborar o orçamento estimado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários,

uma vez que o valor estimado destes custos unitários forneceria parâmetros para os licitantes formularem suas propostas, a saber:

Não é aceitável tal argumento, uma vez que o valor estimado da contratação fornece parâmetros para os licitantes formularem suas propostas, evitando propostas excessivas ou inexequíveis, possibilita que a Administração avalie a compatibilidade entre as propostas ofertadas pelos licitantes e os preços praticados no mercado e verifique a razoabilidade do valor a ser desembolsado.

O valor estimado da contratação também serve de parâmetro para a definição da documentação relativa à qualificação financeira, nos termos do art. 31, III, da Lei 8.666/93 e do seu § 3º.

[...]

(Denúncia n. 838.976 - Relatora: Conselheira Adriene Andrade, sessão de julgamento em 06/03/2012) (Grifo nosso)

Nesse sentido, registra-se, ainda, o entendimento de Marcio dos Santos Barros (Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: NDJ, 2005 p. 36):

É com base neste orçamento detalhado, com composição de custos unitários, que, por um lado, os futuros licitantes adquirem maior conhecimento sobre o objeto da licitação (podendo até questionar ou impugnar as estimativas) e, por outro, a Administração estabelece a modalidade de licitação, determina o valor máximo da proposta de preços e obtém dados para a eventual exclusão de licitante em face da inexequibilidade de sua proposta (art. 48, II).

Em face da sua importância, o orçamento deve ser elaborado para todas as licitações realizadas pela Administração. (Grifo nosso)

No caso concreto, verificou-se que o responsável pelo certame não comprovou a existência do orçamento estimado em planilhas que expressassem a composição dos custos unitários correspondentes ao objeto licitado, conforme a exigência prevista no art. 8º do Decreto nº 3.555/2000, e nos arts. 40 e 7, § 2º, II da Lei Federal nº 8.666/1993.

Diante do exposto, mantém-se a irregularidade apontada pelo Ministério Público de Contas.

III. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se pela procedência parcial da denúncia, em função das seguintes irregularidades no Pregão Presencial nº 001/2017:

- a) Ausência de estabelecimento de preços máximos; e
- b) Insuficiência do Termo de Referência pela ausência do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Esclareça-se que as irregularidades assinaladas são passíveis de aplicação de multa ao Sr. Sandro Lúcio de Souza Coelho (Presidente da Câmara Municipal à época, subscritor do edital e do contrato administrativo nº 011/2017), bem como ao Sr. João Rodrigues dos Santos (Presidente da Câmara Municipal à época, subscritor do contrato administrativo nº 006/2018), por terem praticado atos com grave infração à norma legal, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II da Lei Orgânica desta Corte (Lei Complementar nº 102, de 2008).

À consideração superior.

3ª CFM, 14 de dezembro de 2020.

Guilherme de Lima Alves
Analista de Controle Externo
TC 3301-1