

PROCESSO Nº: 1101554
NATUREZA: DENÚNCIA
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MARIA DE ITABIRA
DENUNCIANTE: JOSÉ LEONARDO
DENUNCIADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA MARIA DE ITABIRA
RELATOR: CONSELHEIRO SUBST. TELMO PASSARELI
ANO REF.: 2021

EXAME INICIAL

I. INTRODUÇÃO

Versam os autos sobre Denúncia oferecida pelo Sr. José Leonardo diante de suposta irregularidade referente ao Processo Licitatório n. 12/2021, Pregão Presencial n. 09/2021, instaurado pela Prefeitura Municipal de Santa Maria de Itabira, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços de assessoria e consultoria para o controle interno em auditoria contábil dos procedimentos administrativos pretéritos e em andamento no Município de Santa Maria de Itabira no âmbito do seu Poder Executivo, de acordo com as características, especificações e quantidades constantes no ANEXO I deste Edital.

Em suma, o Denunciante alega que a participação no Pregão Presencial n. 09/2021 está limitada a pessoas jurídicas. Ao final da peça inicial, em caráter liminar, requer a suspensão do certame na fase em que se encontra.

À peça 3, no Relatório de Triagem n. 137, foi proposta a determinação para que o denunciante complete ou emende a denúncia, no prazo de 10 (dez) dias, em razão de indício veemente da existência do fato denunciado.

No ofício n. 3.998/2021, à peça 4, o Conselheiro Presidente, José Alves Viana, verificou que a documentação apresentada não atende ao requisito previsto no § 2º do art. 105 da

Resolução 12/20008, uma vez que a petição inicial não está assinada, bem como não atende ao disposto no art. 301, § 1º, inciso III, da norma regimental, tendo em vista que não foram encaminhadas cópias do documento de identidade e do Cadastro de Pessoa Física. Assim, intimou o Denunciante a apresentar a documentação acima indicada, necessária à admissibilidade da denúncia, no prazo de 10 (dez) dias, estabelecido pelo § 1º do art. 302 do Regimento Interno, sob pena de arquivamento.

Atendendo às determinações do ofício n. 3.998/2021, à peça 6 e 11, o Denunciante apresentou a peça inicial assinada e as cópias dos documentos de identidade e de Cadastro de Pessoa Física.

À peça 7, preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 301 do Regimento Interno, a documentação foi recebida como Denúncia, e determinou-se sua autuação e distribuição, nos termos previstos no caput do art. 305 do mencionado normativo, com a urgência que o caso requer.

À peça 8, o processo de denúncia foi distribuído ao Conselheiro Substituto Telmo Passareli.

Em despacho de peça 9, o Conselheiro Relator, Telmo Passareli, entende que *“partindo de uma análise literal do texto do instrumento convocatório, pode-se concluir que o apontamento de irregularidade denunciado na petição inicial possui aparente procedência”*. Todavia, argumenta que *“a concessão de medida liminar, diante desse cenário, importa periculum in mora reverso, tendo em vista que a suspensão da licitação e a eventual interrupção da prestação dos serviços poderia resultar em prejuízos à administração e até dar ensejo à utilização da contratação direta”*. Sob esses argumentos, indefere o pedido de suspensão liminar do pregão presencial n. 09/2021 e determina o encaminhamento dos autos à unidade técnica e ao Ministério Público de Contas para manifestação inicial.

Dessa forma, à peça 13, o Denunciante foi intimado do indeferimento do pedido de suspensão liminar do certame de despacho de peça 9.

Por fim, à peça 16, os autos deste processo de denúncia foram encaminhados a esta Unidade Técnica para exame técnico inicial, em cumprimento à determinação de peça. 9.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. Da vedação à participação de pessoas físicas no certame licitatório

Em suma, à peça 2, o Denunciante relata que *“Após ter conhecimento do edital do PP 09/2021 promovido pela Prefeitura Municipal de Santa Maria de Itabira/MG, objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços de assessoria e consultoria para o controle interno em auditoria contábil dos procedimentos administrativos pretéritos e futuros, envie pedido solicitando a retificação do edital para que pessoas físicas também pudessem participar do certame como irregular a adoção pelo Município de Divinolândia de Minas do tipo de licitação maior desconto”*. Porém, o pedido foi negado pela Prefeitura Municipal de Santa Maria de Itabira.

Argumenta que *“a igualdade de condições para contratar com a Administração Pública está exhaustivamente garantida no texto constitucional, não cabendo àquele que exerce mandato eletivo nem aos seus subordinados escolher a quem a lei se aplica, uma vez que tal competência é privativa do Congresso Nacional”*.

Por fim, dispõe que *“o estatuto das licitações públicas (Lei nº 8.666/93), traz no art. 9º a vedação quanto à participação de pessoas físicas e jurídicas, mas de forma exhaustiva, não cabendo ao Administrador ampliar o rol de pessoas impedidas, sob pena de estar descumprindo o texto da própria lei”*.

Análise:

A indisponibilidade do interesse público é um dos princípios basilares do regime jurídico-administrativo, segundo a qual, em regra, a Administração Pública, no exercício de suas atividades, não pode dispor do interesse público. Isso se deve ao fato de que os administradores públicos são meros gestores da coisa pública, uma vez que esta pertence a coletividade.

Outro princípio que norteia as relações administrativas é a isonomia. Através dela, o administrador público deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Nesse passo, como o fim visado é o atendimento do interesse público, a máquina pública não deve ser utilizada como um instrumento para efetuar favorecimento ou perseguições a determinadas pessoas. E nas licitações não é diferente, tal princípio deve nortear os certames.

Assim, buscando a satisfação do interesse público, a indisponibilidade do interesse público impõe restrições à Administração Pública, dentre elas, a obrigatoriedade de realização de licitação em suas contratações:

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 - ressalvados 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.

No presente caso, analisou-se o edital do Pregão Presencial n. 09/2021¹, disponível no endereço eletrônico² da Prefeitura Municipal de Santa Maria de Itabira, e identificou-se que o certame é exclusivo a pessoas jurídicas. Essa conclusão pode ser facilmente percebida na definição do objeto da licitação e documentos de habilitação:

1 – OBJETO

1.1 - O objeto da presente licitação é a Contratação de **empresa** para prestação de serviços de assessoria e consultoria para o controle interno em auditoria contábil dos procedimentos administrativos pretéritos e em andamento no Município de Santa Maria de Itabira no âmbito do seu Poder Executivo, de acordo com as características, especificações e quantidades constantes no ANEXO I deste Edital.

(...)

9.5 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

9.5.1 – A **empresa** deverá apresentar um rol de técnicos comprovando a existência de profissionais vinculados à empresa, do ramo da administração, economia, contabilidade ou gestão pública, cuja comprovação se dará por meio de apresentação do nome e número do Registro no Conselho de Classe ou Diploma.

(Grifos Nossos)

Nesses termos, o caput do art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei de Licitações), de aplicação subsidiária ao pregão (art. 9º da Lei Federal n. 10.520/02), garante a observância dos princípios da impessoalidade e da igualdade nos certames licitatórios:

¹http://santamariadeitabiraportal Facil.com.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Presencial_9_2021_PP_009_2021?cdLocal=3&arquivo={246D7AB8-1A3A-D006-B7BA-6CE3AD5DD1A5}.pdf&cdLicitacaoArquivo=32312

² <http://santamariadeitabiraportal Facil.com.br/detalhe-da-licitacao/info/pp-9-2021/10383>

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.

Além do mais, a Lei de Licitações, no Inciso I do §1º art. 3º, veda aos agentes públicos 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.

Desse modo, via de regra, os certames licitatórios devem ser norteados por critérios isonômicos que não restrinjam o caráter competitivo. Assim, respeitados os limites da Lei Nacional n. 8.666/93 (Lei de Licitações), o certame licitatório deve ser ampliado para o máximo de licitantes possíveis, seja pessoa física ou jurídica, que possuam capacidade para o cumprimento do objeto licitado de modo que a Administração Pública Contratante escolha a proposta que lhe seja mais favorável. Nessa mesma linha, Ricardo Alexandre³ discorre:

Do princípio da igualdade – mais apropriadamente enxergado princípio da isonomia – decorre que a Administração deve tratar, de forma idêntica, todos os licitantes que se encontrem na mesma situação jurídica. Esse princípio garante que seja dada oportunidade de participar do certame licitatório a todos aqueles que tenham condições de cumprir o futuro contrato e proíbe que sejam feitas discriminações injustificadas no julgamento das propostas.

(...)

conclui-se que, ainda que a circunstância venha a restringir o caráter competitivo do certame, se for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato, poderá ser incluída no instrumento convocatório do certame. Assim, o que está legalmente proibida é a estipulação de discriminações injustificadas, desarrazoadas, porque estas ferem o princípio da igualdade.

A princípio, não há qualquer vedação legal genérica à participação de pessoas físicas em certames licitatórios. Entretanto, no caso concreto, a Administração Pública contratante poderá impor cláusulas restritivas ao caráter competitivo. Para isso, as características

³ ALEXANDRE, Ricardo. Direito administrativo esquematizado/ Ricardo Alexandre, João de Deus. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, P. 548.

do objeto a ser licitado devem exigir-las para boa execução contratual. Em todos os casos, deve-se respeitar os princípios administrativos da proporcionalidade e adequação.

A partir da análise do termo de referência da contratação disposto no Pregão Presencial n. 09/2021, verificou-se que suas características não impossibilitam a execução por pessoa física. Além disso, não se identificou nenhuma justificativa para essa restrição.

Ademais, considerando que a Denunciada estivesse receosa quanto a uma má execução do serviço, a Lei de Licitações fornece instrumentos para se verificar a capacidade de execução do contrato pelos licitantes. Portanto, há a fase da habilitação em que o órgão ou ente contratante pode verificar se os licitantes possuem habilidades técnicas e econômicas para o cumprimento do objeto contratual.

Dessa forma, a restrição imposta pela Denunciada não se justifica, na medida que a habilitação fatalmente barraria eventuais pessoas físicas que fossem inaptas à execução do objeto do contrato.

Nesse passo, esta Corte de Contas já se manifestou sobre a impossibilidade de vedação genérica à participação de pessoas físicas em certames licitatórios:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR PARA A ZONA RURAL DO MUNICÍPIO. PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS FÍSICAS NO CERTAME. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO DETALHADO E PREÇOS UNITÁRIOS NO EDITAL. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Inexiste vedação legal à participação de pessoas físicas em licitações, nos termos do inciso XXI, do art. 37, da CR/88, do art. 9º, da Lei nº 8.666/93, e da Lei nº 10.520/02, considerando, ainda, que o objeto licitado comporta, perfeitamente, sua execução por pessoas jurídicas e físicas.

2. Na licitação sob a modalidade de pregão, a divulgação do orçamento estimado, como anexo do edital, constitui faculdade da Administração, pois, em conformidade ao inciso III, do art. 3º, da Lei nº 10.520, de 2002, a inserção do orçamento nos autos do processo licitatório é suficiente para demonstrar a regularidade do certame.

3. Diante da ausência de norma na Lei n. 10.520/02 sobre a possibilidade de participação de empresas consorciadas em pregão, aplica-se, subsidiariamente, o disposto na Lei n. 8.666/93, e admite-se a participação de empresas reunidas em consórcio em certames nos termos do art. 33 desse diploma legal, desde que haja disposição expressa no edital. Prevalece a vedação à participação dos consórcios em licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta, assegurando-se, em cada caso, a ampla competitividade.

[DENÚNCIA n. 944792. Rel. CONS. WANDERLEY ÁVILA
Sessão do dia 30/05/2019. Disponibilizada no DOC do dia
01/07/2019.]
(Grifos Nossos)

Portanto, não procede o argumento de que a Administração Público possui discricionariedade para não prever a possibilidade de contratação de pessoa física, uma vez que, conforme já recorrido, há claras infrações aos princípios da impessoalidade, igualdade e do caráter concorrencial do certame.

Por fim, conforme os argumentos expostos, esta Unidade Técnica entende que é procedente as alegações do Denunciante, uma vez que inexistente vedação legal à participação de pessoas físicas em licitações.

III. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que é irregular, passível de aplicação de multa, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte, a vedação à participação de pessoa física no Pregão Presencial n. 09/2021.

Assim, após a manifestação preliminar do Ministério Público de Contas (art. 61, § 3º do Regimento Interno desta Casa), os responsáveis legais pelo certame, o Prefeito Municipal, Sr. Reinaldo das Dores Santos, e a Pregoeira, Sra. Camila dos Reis Ferreira, devem ser citados para apresentarem defesa em relação a irregularidade assinalada, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como apresentarem a documentação de toda a fase interna do certame.

À consideração superior.

3ª CFM, 31 de maior de 2021.

Diogo Pereira França
Analista de Controle Externo
TC 3277-5