

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO DA 1ª CÂMARA DO TRIBUNAL
DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.**

Ref. Processo 1095455

LEANDRO LUIZ SANTOS, brasileiro,
divorciado, gestor de projetos, atualmente
secretário municipal de desenvolvimento
econômico de Santa Luzia/MG, portador da
identidade: MG-6453495 - SSPMG e CPF:
010.866.906-80, residente e domiciliado na
Rua Avenida da Lagoa, nº 54, Bairro
Kennedy, Santa Luzia/MG, CEP: 33.015.595,
E-MAIL:lelustos@gmail.com, vem à presença
de Vossa Excelência, por meio de sua
Advogada, apresentar

DEFESA

em face da representação em epígrafe, e, ao
final requerer o que segue.

RELATO DOS FATOS

Trata-se de processo instaurado para apurar denúncia
protocolada por meio da REPRESENTAÇÃO feita pela empresa
ABREU MACHADO - APOIO ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA, e **que
deve ser conduzido com os fatos que passa a dispor.**

O objeto da referida representação é o procedimento
Administrativo licitatório Municipal nº 147/2020, que
contém o Pregão Eletrônico nº 075/2020, buscando a
aquisição de sistema de gerenciamento de todos os processos
existentes para o controle de alvarás de localização,

funcionamento e licenciamentos do Município de Santa Luzia/MG, incluindo implantação, conversão, treinamento e suporte.

Dos autos do Processo administrativo em questão, verifica-se a regular tramitação para realização do procedimento licitatório nº 075/2020, sendo instruído com os seguintes documentos:

- I. Edital e anexos (fls. 135 - 194);
- II. Publicação no Diário Oficial do Município no dia 15 de outubro de 2020 (fl. 195);
- III. Publicação no Diário Oficial do Estado no dia 15 de outubro de 2020 (fl. 196);
- IV. Publicação em Jornal de Grande Circulação no dia 15 de outubro de 2020 (fl. 197);
- V. E-mails de possíveis licitantes solicitando esclarecimentos e suas respostas (fls. 198 - 200);
- VI. Comunicados internos a respeito da prova de conceito (fls. 201 - 202);
- VII. Publicação no Diário Oficial do Estado no dia 29 de outubro de 2020 (fl. 203);
- VIII. Publicação em Jornal de Grande Circulação no dia 29 de outubro de 2020 (fl. 204);
- IX. Publicação no Diário Oficial do Município no dia 29 de outubro de 2020 (fl. 205);
- X. Termo de Referência retificado (fls. 206 - 223);
- XI. Solicitação de esclarecimentos (fls. 224 - 275);
- XII. Edital retificado (fls. 276 - 336);
- XIII. Publicação em Jornal de Grande Circulação no dia 10 de dezembro de 2020 (fl. 337);
- XIV. Publicação no Diário Oficial do Estado no dia 10 de dezembro de 2020 (fl. 338);
- XV. Publicação no Diário Oficial do Município no dia 10 de dezembro de 2020 (fl. 339);
- XVI. Solicitação de esclarecimentos e suas respostas (fls. 340 - 380);
- XVII. Solicitação do TCE-MG (fls. 381 - 386);
- XVIII. Documentos de Credenciamento para participação da prova de conceito da empresa "EICON CONTROLES INTELIGENTES DE NEGÓCIOS LTDA. - "EICON"" (fls. 387 - 395);
- XIX. Atas da Prova de Conceito (fls. 396 - 400);

- XX. Relatório de julgamento da Prova de Conceito (fls. 401 - 418);
- XXI. Documentos da licitante "EICON" (fls. 421 - 669);
- XXII. Declarações emitidas pelo "comprasnet" (fl. 670);
- XXIII. Termo de Adjudicação (fls. 671 - 672);
- XXIV. Ata de realização do pregão às 09h00min do dia 22 de dezembro de 2020 (fls. 673 - 684);
- XXV. Relação de Declarações do SICAF (fl. 685);
- XXVI. Consulta consolidada do TCU (fls. 686 - 687);
- XXVII. Resultado por fornecedor (fl. 688);

Em que pese o inconformismo da representante, o Município, por meio da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, representada pelo então Secretário Sr. **LEANDRO LUIZ SANTOS**, procedeu regularmente o Processo licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, não sendo observada nenhuma irregularidade que justifique o prosseguimento ou julgamento procedente da mesma.

Nesse ínterim, pode se verificar nos autos do processo administrativo, o preenchimento de todos os requisitos trazidos pelo Decreto nº 3021/2015.

A *priori*, a convocação dos interessados se deu por meio de avisos publicados no Diário Oficial do Estado, no Diário Oficial do Município e em Jornal de Grande Circulação "aQui", todas no dia 15 de outubro de 2020, **posteriormente, após retificação no edital, houve novas publicações nos mesmos canais no dia 29 de outubro de 2020 e, por fim, após mais uma retificação, houve novas publicações no dia 10 de dezembro de 2020**, onde constaram o objeto da licitação, bem como a indicação do local, dia e horários em que foi franqueado o acesso a íntegra do Edital.

Conforme acima, e como bem pode ser observado através do site da Prefeitura de Santa Luzia/MG, <http://www.santaluzia.mg.gov.br> e do site www.comprasnet.gov.br, houve publicação do edital e seus

anexos, logo que anunciado no aviso veiculado na imprensa escrita.

Assim sendo, foram atendidos os ditames do artigo 10º constante do Decreto Municipal 3.021/15, bem como o princípio da publicidade, esculpido no art. 37 da Constituição Federação.

Saliente-se que após regular tramitação, apresentação de esclarecimento, realizou-se a abertura do Pregão eletrônico nº 075/2020 em 22/12/2020 encerrando-se em 04/02/2021 com a abertura de prazo para intenção de recursos. **Findo prazo, não houve apresentação de recursos, seguindo o procedimento de homologação, adjudicação e assinatura do contrato administrativo com a vencedora.**

Em que pese a falta de motivação da presente representação, é importante esclarecermos que todo procedimento restou eivado de validade jurídica e teve como base a melhor jurisprudência deste colendo Tribunal de Contas de Minas Gerais e do Tribunal de Contas da União.

Esclarecida a questão procedimental, passamos a análise da suposta alegação de necessidade de publicação de planilha de custo unitário junto ao edital para contratação de software acima narrada.

Oportuno frisarmos que a pesquisa de preços foi feita diretamente junto aos fornecedores e com o permissivo da Instrução Normativa nº 73/2020 editada pelo Ministério da Economia. Assim, formado o preço de referência, procedeu-se a formação do processo administrativo licitatório.

O pregoeiro atestou que o objeto licitado não era passível de divisão e que o seu parcelamento traria prejuízo ao Município, vez que a contratação e mais de uma empresa comprometeria a eficiência e a execução do contrato, motivos pelos quais, evidente a unicidade do objeto

licitado, não houve a necessidade de apresentação de planilha com detalhamento de preço.

Assim, não deve a representação prosperar.

DO DIREITO:

Por meio do Parecer nº 09/2021 O Ministério Público de Contas, após Relatório Técnico SGAP nº 2286901 e SGAP 2327491 opinando pela improcedência da denúncia no que se refere à insuficiência de requisitos relativos a prova de conceito; e pela procedência relativa à ausência de detalhamento de preços; pugnou pela citação do Secretário de Desenvolvimento Econômico Municipal, diante da alegação de ausência de detalhamento de preços unitários referente à licença, implantação, conversão, treinamento e suporte de software, conforme Pregão 075/2020.

Assim, seguiremos com a fundamentação legal, no que se refere à suposta irregularidade de "não apresentação de detalhamento de preços", conforme se depreende, e que restará evidente a inexigência de tal detalhamento no processo em questão, tanto do ponto de vista legal quanto em relação à jurisprudência majoritária do TCU, devendo esta representação ser julgada totalmente improcedente.

DAS VANTAGENS DA REALIZAÇÃO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA MODALIDADE PREGÃO

A Constituição da República de 1988 insculpiu, em seu art. 37, XXI, o princípio da obrigatoriedade da licitação, cabendo à União disciplinar as normas gerais sobre o tema, tendo sido editada a Lei n. 8.666/93, Lei Geral de Licitações.

Contudo a Lei n. 8.666/93 não esgotou a competência legislativa da União, já que a competência para produzir normas gerais não significa o dever de concentrar todas elas em um único diploma legislativo.

Assim, editou-se a Lei n. 10.520/02, que introduziu o pregão como modalidade para toda a Administração Pública contratar bens e serviços comuns.

A sistemática do pregão se mostra bastante simplificada em relação às modalidades anteriormente previstas, principalmente em relação a prazos e custos, já que o **pregão destina-se exclusivamente à contratação de bens e serviços comuns, ou seja, objetos "padronizados" e que, portanto, não necessitam do mesmo tratamento minucioso dado às contratações mais complexas.**

Segundo definição presente na Lei do Pregão, consideram-se bens e serviços comuns **"aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado"** (art. 1º, parágrafo único, da Lei Federal n. 10.520/2002).

Contudo o conceito da referida expressão apresenta certa fluidez semântica, e o Tribunal de Contas da União (Brasil, 2010, p. 62) tentou elucidar a expressão:

Bem ou serviço será comum quando for possível estabelecer, para efeito de julgamento das propostas, por intermédio de especificações utilizadas no mercado, padrões de qualidade e desempenho peculiares ao objeto. O estabelecimento desses padrões permite ao agente público analisar, medir ou comparar os produtos entre si e decidir pelo melhor preço.

Essa definição é compartilhada por diversos doutrinadores e utilizada na prática sem grandes controvérsias.

Como principais aspectos dessa modalidade destacam-se: o fato de limitar-se a compras e serviços comuns; a possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão; a inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; a redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado no final do certame (FERNANDES, 2013).

O sucesso do pregão se deve ao **paradigma da desburocratização** presente desde seu nascedouro. Ao analisar os fundamentos da criação da modalidade pregão, Marinela (2011, p. 351) esclarece que:

A nova modalidade foi instituída como escopo de aperfeiçoar o regime de licitações, permitindo o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação nas licitações, além de desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas do procedimento, contribuindo para a redução de despesas e concedendo uma maior agilidade nas aquisições.

Como reflexo dessas características, Justen Filho (2013, p. 20) aponta como principais vantagens em relação às modalidades tradicionais a possibilidade de melhor aproveitamento econômico pela Administração, a ampliação da competição, a simplificação e redução dos custos do procedimento licitatório e a maior rapidez na conclusão do certame.

Assim, ao mesmo tempo em que se respeitou a lógica da Lei Geral de Licitações de atribuir prazos e tratamento menos rígidos para as modalidades destinadas a contratações menos complexas, inseriu-se uma nova lógica de contratação que independe do valor a ser contratado o que é bastante razoável, já que não se aplica a presunção de que quanto maior o valor, mais complexo é o objeto, pois o pregão somente é cabível para a contratação de bens e serviços "padronizados".

Na esfera federal, está previsto o uso obrigatório do pregão quando esse for cabível, preferencialmente na forma eletrônica. Em decorrência dessa obrigatoriedade, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem entendido que, no âmbito federal, "o uso do pregão é obrigatório na contratação de bens e serviços comuns. A decisão pela inviabilidade de utilização do pregão deve ser justificada pelo dirigente ou autoridade competente, de forma motivada

e circunstanciada.” (BRASIL, 2010, p. 46).

Contudo, mesmo não havendo a referida exigência no regulamento de todos os entes políticos, esse raciocínio pode ser estendido aos demais entes federativos, tendo em vista a modalidade pregão ser mais econômica e célere.

Assim, em respeito ao princípio da eficiência, é bastante razoável exigir que o gestor que opte por outra modalidade, fundamente essa escolha. Nesse sentido, Niebuhr (2006, p. 53):

Se o pregão for mais vantajoso – e normalmente é – não se pode, pura e simplesmente, renegá-lo. Ora, se a modalidade pregão é, em regra, reconhecidamente mais vantajosa do que as da Lei nº 8.666/93, ela somente poderá ser preterida diante de razão subsistente, cujo teor evidencie que o uso dela importaria alguma espécie de inconveniência para o interesse público.

Por óbvio, a relativa simplicidade procedimental não importa em desrespeito das formalidades inerentes a qualquer contratação pública, já que a rigidez formal dos mecanismos de competição visa garantir a própria igualdade entre os concorrentes, princípios que foram amplamente respeitados pelo Município de Santa Luzia, bem como pelo gestor intimado.

DA PESQUISA DE MERCADO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Sob a ótica da Administração Pública, o orçamento é indispensável ao planejamento orçamentário para que se evite futura inadimplência por ausência de recurso.

O art. 14 da Lei Geral de Licitações é taxativo em dispor que **“nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.”**

Por uma questão de lógica, a indicação dos recursos orçamentários que farão frente ao gasto, depende de

conhecimento prévio do valor estimado da contratação. Ademais, é a partir da pesquisa que se obtêm as balizas para julgar se os valores ofertados são adequados, inexequíveis ou acima do valor de mercado.

Do processo administrativo em questão 147/2020, nas fls. 29 a 34 é possível constatar que foi feita a pesquisa de mercado conforme objeto licitado, cumprindo importante fase legal do procedimento licitatório.

Existe, contudo, *data máxima vênia*, uma confusão por parte da denunciante e do raciocínio empregado no Parecer Ministerial e relatórios do setor técnico deste Tribunal, de que além da consulta de preços de mercado, deveria também ser juntada planilha detalhada da composição do preço, o que acarretaria parcelamento do objeto e inviabilizaria o prosseguimento do certame, causando prejuízo à Administração do Município de Santa Luzia.

Esta divergência acerca da obrigatoriedade ou não de se divulgar a pesquisa, o que será trabalhado no tópico seguinte, mas desde já é importante ressaltar que a divulgação da pesquisa no edital não se confunde com a imprescindibilidade de que ela seja feita, pois, como ressalta Ferreira (2012):

[...] a não divulgação do orçamento não se confunde com a desnecessidade de elaboração. Sabe-se que a definição do preço estimado da contratação é imprescindível para aferir a modalidade licitatória adequada e, inclusive, a possibilidade de eventual contratação direta; avaliar a disponibilidade orçamentária; e fixar critérios objetivos para o julgamento e aceitabilidade das ofertas, razão pela qual a Administração não está autorizada a dispensá-lo.

Portanto o orçamento prévio é de fundamental importância para a contratação pública, independentemente de qual modalidade licitatória seja escolhida, e, no presente caso, o pregoeiro cuidou de apresentar o mínimo de 03 (três) orçamentos contendo valor estimado do objeto licitado, que

por se tratar de software e suas especificidades, não poderia ser parcelado para formação de preço detalhado unitariamente.

**DA PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE PREÇOS ANEXA AO EDITAL DE
PREGÃO - DESNECESSIDADE - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO**

Segundo previsto na Lei n. 8.666/93, em seu art. 40, § 2º, II, com a redação dada pela Lei n. 8.883/94: "Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [...] II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários".

Com relação às obras e serviços decorrentes, o legislador enfatizou que somente poderão ser licitados quando "existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários" (art. 7º, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93).

A Lei n. 10.520/02, contudo, não trouxe previsão semelhante para o pregão, tratando apenas da obrigatoriedade de constar nos autos do procedimento constem "o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados" (art. 3º, III).

Como ressalta o conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o pregão é:

"modalidade licitatória que possui regimento próprio, onde a Lei Federal de Licitações e Contratos atua subsidiariamente, naquilo em que a legislação específica for omissa e desde que não prejudique o procedimento, diferenciando-se justamente em função da simplicidade, eficiência e celeridade". (SÃO PAULO (Estado) Tribunal de Contas. Pleno. Processo TC n. 009615/026/07. Relator cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga. Acórdão em sessão de 11 abr. 2007. DO, São Paulo, n. 71, p. 50, 17 abril 2007).

Assim, é oportuno destacar que o art. 9º da Lei n. 10.520/02 garante expressamente a aplicação supletiva da Lei Geral de Licitações. Essa previsão deve ser analisada de forma bastante criteriosa para que as inovações no novo

regime não se tornem inócuas diante de sua interpretação pela leitura segundo o regime geral. Nesse sentido, Niebuhr (2006, p. 27-28) afirma que:

Aplicar a modalidade pregão com olhos voltados ao velho, à Lei n. 8.666/93, faz dela, da modalidade pregão, algo velho, impedindo a Administração Pública de auferir todas as suas vantagens e potencial. A aplicação da Lei n. 8.666/93 subsidiariamente à Lei n. 10.520/2002 deve ser exceção, não regra. A regra é que o pregão seja regido pela Lei n. 10.520/2002. A Lei n. 8.666/93 deve ser aplicada subsidiariamente, excepcionalmente, nas situações em que a Lei n. 10.520/2002 realmente for omissa.

Acerca do assunto o TCU tem se pronunciado majoritariamente pela facultatividade de divulgação do orçamento no edital do pregão, cabendo aos gestores e pregoeiros avaliarem sua conveniência e oportunidade.

Transcreve-se abaixo excerto do paradigmático Acórdão n. 392/2011 do TCU, que, **pacifica o entendimento da facultatividade no âmbito daquela Corte de Contas:**

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'. 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. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pleno. Acórdão n. 392/2011. Relator: min. José Jorge. Sessão de 16 fev. 2011. DOU, Brasília, 23 fev. 2011).

Esse posicionamento foi reafirmado na sessão plenária do

TCU, do dia 20 de agosto de 2014, decidindo-se 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. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 2.166/2014. Relator: min. substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão de 20 ago. 2014.)

O Tribunal de Contas da União, instado a se manifestar sobre o assunto, esclarece que o preço estimado não é anexo obrigatório do edital nas licitações promovidas sob a modalidade pregão:

"a) A pesquisa de preços não constitui mera exigência formal estabelecida pela Lei, mas sim etapa essencial ao processo licitatório, servindo de baliza à Administração na avaliação da razoabilidade dos preços dos licitantes. **b) No caso de pregão, a estimativa de preços deve constar do processo de licitação, ficando a critério do gestor a decisão de também publicá-la no edital, ante a ausência de previsão legal expressa nesse sentido.**" (TCU, Acórdão nº 1.405/2006, Plenário).

Cabe à Administração Pública, antes da realização do certame, a elaboração de uma planilha de estimativa de preços unitários, com base na pesquisa de mercado (ou cotação de preços) junto aos fornecedores que atuam no mercado, de forma a definir com precisão e clareza o objeto a ser licitado, assim como suas quantidades, **sempre que possível, frente às suas necessidades, considerando o interesse público perseguido**. Tal planilha, que integra o processo administrativo, servirá como parâmetro para a elaboração das propostas pelos licitantes e para o julgamento das propostas pela Administração Pública, servindo de referência para a análise da exequibilidade das propostas, evitando propostas excessivas ou inexequíveis.

INVIABILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE PLANILHA DETALHADA DE

COMPOSIÇÃO DE CUSTOS DIANTE DO OBJETO LICITADO - SISTEMA DE SOFTWARE ÚNICO E INDIVISÍVEL, IMPOSSÍVEL DE SER PARTILHADO POR VÁRIAS EMPRESAS:

A regra refere-se à necessidade de a Administração proceder à decomposição dos custos que incidem sobre a execução do objeto a ser contratado, o que ocorre com o preenchimento adequado da planilha de preços e custos unitários.

O estabelecimento de parâmetros claros e objetivos de julgamento, que apresentem aos licitantes toda a composição do objeto, é rotina no regime da Lei nº 8.666/1993 (art. 7º, § 2º, inc. II) e no da Lei nº 13.303/2016 (art. 34). Tanto uma quanto a outra estabelecem a necessidade de decompor o objeto em itens unitários em uma planilha que espelhe a totalidade a partir de seus itens de insumos ou serviços.

O fato é que o mercado tem soluções que eventualmente não admitem, ou que tornam dispensável, a decomposição dos custos de execução sem que isso cause prejuízo ao julgamento adequado das propostas e ao acompanhamento correto das obrigações contratuais.

Ora Exmo. Conselheiro, a própria IN nº 5/2017, em seu Anexo V, define as regras de elaboração do termo de referência ou do projeto básico na contratação de serviços:

b) No caso de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o custo estimado da contratação deve contemplar o valor máximo global e mensal estabelecido em decorrência da identificação dos elementos que compõem o preço dos serviços, definidos da seguinte forma: b.1. por meio do preenchimento da planilha de custos e formação de preços, observados os custos dos itens referentes ao serviço, podendo ser motivadamente dispensada naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário o detalhamento dos custos para aferição da exequibilidade dos preços praticados; b.2. por meio de fundamentada pesquisa dos preços praticados no mercado em contratações similares; ou ainda por meio da adoção de valores constantes de indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros

equivalentes, se for o caso; e b.3. previsão de regras claras quanto à composição dos custos que impactem no valor global das propostas das licitantes, principalmente no que se refere a regras de depreciação de equipamentos a serem utilizados no serviço. (Grifamos.)

Ainda, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao indicar a necessidade de apresentação de planilha "sempre que possível", parece já ter reconhecido que algumas circunstâncias não admitem a identificação de custos unitários incidentes na execução de determinados objetos. Vejamos:

"9.4.1. elaborar orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e de preços unitários quando do lançamento das licitações, a fim de balizar o julgamento das propostas com os preços vigentes no mercado e de possibilitar a seleção da proposta mais vantajosa, de acordo com o art. 2º do Regulamento de Licitações da entidade, somente dispensando-a, motivadamente, naquelas contratações em que a natureza do seu objeto torne inviável ou desnecessário tal detalhamento; (TCU, Acórdão nº 1.750/2014, Plenário, grifamos.)"

Portanto, a regra geral impõe à Administração o dever de detalhar, com o maior grau possível, a composição dos serviços que contratará junto a particulares, descrevendo seus componentes e insumos unitários e, a partir deles, definir proporcionalmente o valor total do encargo. Essa regra, todavia, não pode ser vista de forma absoluta, mas conforme regras e preceitos que regulamentam o mercado. Então, se há serviços/soluções que são ofertados sem considerar os custos das unidades que compõem o serviço, essa obrigação não persistirá, é o caso do objeto licitado em questão, já que trata-se de simples software de expedição de alvarás, que foi corretamente detalhado, e que sua simplicidade reflete, inclusive, da pequena monta contratual para o Município, estando o procedimento correto, não há que se falar em responsabilização do gestor.

Afinal, se a finalidade de decompor o objeto em uma planilha de quantitativos e preços unitários é levar ao

conhecimento das licitantes todas as parcelas que integram o objeto, bem como possibilitar o julgamento objetivo das propostas e permitir a condução de incidentes contratuais, **não faz sentido elaborá-la quando o mercado não trabalha sob essa metodologia. Deve-se, então, oferecer o objeto independentemente de sua composição unitária.**

Assim, em contratos com dedicação exclusiva de mão de obra, por exemplo, em que é possível detalhar toda a formação do custo, na medida em que o principal item de custo da contratação - mão de obra - onera com exclusividade o contrato, é necessário fixar o valor estimado na planilha de custos e formação de preços. Cabe aos licitantes, igualmente, embasarem seus preços em planilha de formação de custos.

Já em contratos, de serviços continuados ou não, que não envolvam dedicação exclusiva, a definição do valor pode ocorrer com base em planilha, sendo necessário, para tanto, ponderar a viabilidade de elaborar a planilha.

Talvez a planilha possa ser feita em grandes blocos de custos (mão de obra, materiais, custos indiretos, tributos e lucro), mas o encargo e a prática do mercado vão direcionar a viabilidade e o grau de detalhamento. Além disso, a planilha deve estar alinhada com a unidade de medida do serviço, pois, com base nela, o valor será definido; ordens de serviço (OSs) serão eventualmente emitidas; se existir, o instrumento de medição de resultado (IMR) será avaliado; e o pagamento será realizado.

Em um contrato de digitalização de documentos, por exemplo, sem mão de obra alocada, é necessário ponderar a modelagem e a unidade de medida (por demanda ou de acordo com OS) que foram adotadas. Imaginemos que os serviços sejam pagos por página digitalizada, focando em resultado, mediante OSs. **Nessa hipótese, não é necessário - nem possível - compor**

custos em planilha. A pesquisa de preços será realizada por página, alinhada com a quantidade contratada para preservar a escala. Com base nessa pesquisa, definem-se os valores estimado e/ou máximo. O ideal, inclusive, é trabalhar com IMR, para medir indicadores definidos e fazer as adequações de pagamento.

Portanto, a exigibilidade de planilha detalhada de custos é imposta apenas para a formação de preços de serviços que, em razão da forma como são disponibilizados no mercado e das particularidades da demanda, permite a decomposição objetiva das despesas inerentes à sua execução, o que não foi o caso destes autos, sendo o objeto indivisível.

A doutrina também segue esse entendimento, tal como elucida Renato Geraldo Mendes ao explicar que:

"estimar o preço que será gasto com determinadas soluções/objetos, é indispensável que seja feita a indicação de todas as especificações que compõem os insumos e materiais que definem o objeto. Sem que tenha havido isso, não é possível estimar o preço a ser pago, daí falar-se em planilha de composição de insumos e preços unitários. Quem define o objeto, nesses casos, deve ter, entre as suas atribuições, a obrigação de detalhar todos os insumos e materiais que serão utilizados na execução do objeto. A realização desse detalhamento é muito comum nas obras e nos serviços de engenharia nos quais são empregados muitos insumos. Sem esse detalhamento não será possível, nesse tipo de objeto, cumprir a próxima etapa do planejamento, a qual representa a definição do preço a ser pago. Por outro lado, para os objetos cuja apuração do preço não se expressa na composição de insumos e materiais diversos, não é necessário realizar tal detalhamento" (MENDES, 2019, grifamos.)

Assim, estamos diante de um objeto licitado de forma correta, transparente e que trouxe durante todo processo clareza acerca do serviço a ser desempenhado pelas licitantes, não havendo a condição de decomposição do mesmo para formação de planilha unitária, e como sistema único e indivisível, foi detalhado e orçado junto aos fornecedores para composição do preço de referência, bastando para licitude do processo em questão, improcedendo a denuncia

entabulada nos autos.

DA DESPROPORCIONALIDADE

Ao tratarmos de processo sancionador no âmbito da Administração Pública, não podemos deixar de lado o que dispõe a Lei nº 9.784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Ou seja, qualquer penalidade a ser aplicada requer uma proporcionalidade adequada ao presente caso, com destaque:

- a) Nenhum dano ou risco ao interesse público ficou evidenciado;**
- b) Não ficou evidenciado qualquer benefício ou lucro que exorbitasse à legítima expectativa de sua atuação;**
- c) O histórico do autor é irretocável, sem nenhum apontamento ao longo de toda sua vida, em especial como Secretário no Município de Santa Luzia/MG.**

Ademais, não há qualquer evidência de má fé do gestor, exigindo por parte deste Tribunal uma avaliação razoável conforme doutrina de Maria Silvia Zanella Di Pietro:

"Mesmo quando o ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto." (in Direito Administrativo, 12ª ed., p.675)

Portanto, demonstrada a boa-fé do gestor, a ausência de dano, a atuação imediata para solucionar a irregularidade, bem como, o seu histórico favorável, não há que se cogitar uma penalidade tão gravosa, devendo existir a ponderação dos princípios aplicáveis ao processo administrativo.

Razões pelas quais, e somente a título de argumentativo da defesa, em caso de entendimento por eventual condenação, requer a graduação razoável da pena, para fins de que sejam observados os princípios da proporcionalidade e boa fé.

DA AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO

As atividades relacionadas no processo não conferem qualquer traço **sobre algum prejuízo ao erário público!** Pelo contrário, traz apenas o levantamento de questões formais, sem a existência de haver qualquer mácula ao processo licitatório, ou ilegalidade na contratação dos serviços licitados e atualmente prestados.

A única evidência concreta que temos no processo é que **todas as exigências legais foram integralmente cumpridas! Justificando o prosseguimento do certame e a consequente contratação, transparente e cristalina do objeto indivisível licitado.**

O princípio da legalidade constitui apenas um dos elementos estruturais do Estado de Direito, o qual postula igualmente a observância dos princípios da segurança jurídica, **da boa-fé e da presunção de legitimidade dos atos públicos.**

Daí a importância de se considerar todos os elementos formadores do ato administrativo, a fim de que o servidor não seja punido severamente pelo simples fato de ocupar determinado cargo e agir em busca de solucionar os mais variados anseios da coletividade.

Lúcia Valle Figueiredo, ao lecionar sobre a extinção dos contratos administrativos alerta:

"Sem dúvida, um valor eventualmente a proteger seria o cumprimento da ordem jurídica. Mas por outro lado, **encontram-se outros valores, também albergados no ordenamento, merecedores de igual proteção, como a boa-fé, a certeza jurídica a segurança das relações estabelecidas.** Em casos tais - ausência de dano bem como a necessidade de proteção de outros valores - a Administração não deve anular seu ato viciado, pois o sistema repeliria tal proceder." (Extinção dos Contratos Administrativos. Ed. RT - 3ª ed., pg 78)

Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos, ao tratar sobre o tema elucida sobre os limites de sua aplicação:

"O caput do art. 10 da Lei nº 8.429/92 afirma que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo inaugural da Lei nº 8.429/92. **Assim, para que haja a subsunção na hipótese em tela, a conduta do agente público, ainda que seja omissa, dolosa ou culposa, deverá acarretar prejuízo para o erário, causando-lhe lesão.**" (in O Limite da Improbidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92. 5ª ed., pg. 264)

Portanto, considerando a ausência de dano ao erário público, não há qualquer indício de ilegalidade.

Ou seja, ainda que eventualmente subsista alguma irregularidade formal, esta não invalida o procedimento, nem tampouco torna o gestor desonesto ou desleal, **pois ausente qualquer benefício indevido ou demonstração de dano ao erário público.**

DA AUSÊNCIA DE CONDUTA ÍMPROBA

A Lei de improbidade administrativa nasceu com o intuito de proteger a moralidade e preservar a coisa pública, devendo combater exclusivamente o administrador público que atue com desonestidade.

Alexandre de Moraes ao disciplinar sobre o tema, conceitua:

"A Lei de Improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público e de todo aquele que o auxilie voltada para a corrupção. O ato de improbidade administrativa exige para a sua consumação um

desvio de conduta do agente público que no exercício indevido de suas funções afasta-se dos padrões éticos morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções..." (in Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, São Paulo: Atlas, 2002, p.2611)

Portanto, os fatos narrados na denúncia estão longe de configurar um ato de improbidade, pois carecem de requisitos mínimos previstos na tipificação legal.

Trata-se da necessária demonstração da evidência da má fé para incidência de uma penalidade, conforme doutrina de Maria Silvia Zanella Di Pietro:

"Mesmo quando o ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto." (in Direito Administrativo, 12ª ed., p.675)

Ao contrário, com base em toda instrução probatória no decorrer do Processo Administrativo licitatório, não há demonstração de qualquer ato reprovável do Agente denunciado, bem pelo contrário, a sua inocência fica demonstrada, mas se assim não entendida, resta por presumida, conforme lição de Romeu Bacellar Filho:

"Por fim, a terceira (e mais consensualmente aceita) dedução do princípio da presunção de inocência revela-se na regra probatória ou de juízo, segundo a qual incumbe à acusação comprovar a culpabilidade do processado e não a ele demonstrar a sua inocência, de tal sorte que se não estiverem reunidos elementos probatórios substanciais, restando dúvidas ao julgador, o imputado deverá ser incondicionalmente absolvido." (in Processo Administrativo Disciplinar, 2012. Pg. 370)

E conclui:

"... a condenação do acusado só poderá advir de um juízo de certeza, fartamente respaldado por provas produzidas em conformidade com a lei, com o devido processo legal e com o respeito às demais garantias fundamentais do imputado. (...) Se o julgador se deparar com mais de uma interpretação possível em relação às circunstâncias do processo, deverá necessariamente adotar a mais favorável ao acusado, sob pena de violação da Constituição Federal." (in

Em conclusão sobre o tema, a Advocacia Geral da União em processo disciplinar, corrobora com este entendimento:

"(...) Inexistência de provas concretas, precisas e definidas, comprovando irregularidades atribuídas aos indiciados. Ausente a materialidade do fato. Meros indícios sobrestecidos pela conduta tendenciosa da Comissão Processante não servem para qualificá-los de veementes. **Inexistência de vícios processuais que maculem o apuratório. Absolvição de todos os servidores é medida mais adequada, consubstanciada na máxima in dubio pro reo.**"
(Parecer 1/98 AGU)

No mesmo sentido é o posicionamento jurisprudencial ao exigir a configuração da má fé e intencionalidade na ilicitude:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES. REJEITADAS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. (...) EXIGÊNCIA DE DOLO. ILEGALIDADE QUALIFICADA. INEXISTÊNCIA DE CONSIDERAÇÕES SOBRE NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA OU IMPRUDÊNCIA. NECESSIDADE DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. (...) INEXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS: CONDUTA ILÍCITA, ESTRITA TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA PRATICADA, ELEMENTO VOLITIVO, CONSUBSTANCIADO NO DOLO DE COMETER A ILICITUDE E CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.1.(...). **Em geral, o ato de improbidade administrativa requer, para a sua configuração, a intencionalidade e a voluntariedade (dolo genérico)** - salvo os prejudiciais ao erário que admitem modalidade culposa stricto sensu (art. 10) e aos quais (dolosos e culposos) há presunção de lesividade por simetria com o art. 4º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) - devendo se atentar às regras processuais da prova e sua valoração. Em qualquer delas, no entanto, é imprescindível ação ou omissão e agente público, ainda que no prejuízo ao erário o beneficiário da lesão seja particular. **A subsunção do fato demanda o elemento subjetivo calcada na intencionalidade (dolo) e na voluntariedade. Em princípio, só há lugar para caracterização da improbidade administrativa havendo má-fé.** 14. Ressalte-se que **ilegalidade não é sinônimo de improbidade.** O art. 11, de fato, estabelece que a violação ao princípio da legalidade configura ato de improbidade administrativa. No entanto, para o STJ, não é possível fazer a aplicação cega e surda do art. 11 da Lei nº 8.429/92, sob pena de toda ilegalidade ser considerada também como improbidade, o que seria absurdo (STJ. 1ª Turma. REsp. 1414933/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 26/11/2013).

Não há espaço para considerações sobre negligência, imperícia ou imprudência quando se cuida de conduta deflagrada pela má-fé, máxime no plano da Administração Pública, em que a conduta ímproba atinge todos os segmentos da sociedade. Os atos descritos no art. 11 são dolosos, compõem uma coletânea de condutas gravadas com a má-fé. Sem dolo não há como identificar conduta ímproba no art. 11 e seus incisos. A má-fé revela a improbidade administrativa em sentido estrito.¹⁶ O direito se projeta para muito além das convicções pessoais de qualquer intérprete, já que a vontade pessoal não goza de permissão constitucional para atribuir sentidos arbitrários aos textos jurídicos, e ainda quando revestidos pela suposta autoridade intelectual dos tribunais, não pode se olvidar do contraditório e dos valores democráticos.¹⁷ Na hipótese dos autos, (...) a inexistência dos pilares que configuram ato atentatório à vedação do nepotismo, consubstanciado em a) conduta ilícita, b) estrita tipificação da conduta praticada, c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao erário, e d) ofensa aos princípios da Administração Pública; 9) a manifestação da Câmara Legislativa, em juízo, no sentido de o ato de nomeação ter seguido a dogmática da Casa aplicado à época; (...), é de rigor a reforma da sentença para afastar a existência do ato de improbidade administrativa.¹⁸ Recurso conhecido e provido. (TJDFT, Acórdão n.1069145, 20150111308517APC, Relator(a): SILVA LEMOS, 5ª TURMA CÍVEL, Publicado em: 23/01/2018)

Portanto, diante de todo o aqui exposto, fica evidenciada a incontestável inocência do gestor ora Secretário de Desenvolvimento Econômico, devendo culminar extinção da denúncia, por manifesta improcedência.

DOS PEDIDOS

ISTO POSTO, requer o recebimento desta defesa para fins de que seja julgada improcedente a denúncia trazida no presente processo por não haver qualquer irregularidade do processo licitatório em questão, principalmente no que se refere ao detalhamento de preços do objeto licitado, vez que o mesmo é indivisível, afastando a necessidade de formação de planilha detalhada, bastando os orçamentos e especificações existentes na formação e divulgação do certame.

Pugna pela improcedência total da denúncia.

Pela produção de todos os meios de provas em direito admitidas;

Requer a juntada da procuração anexa, bem como o cadastramento da advogada para o recebimento de quaisquer publicações, citações e intimações sob pena de nulidade.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Thamires Dayra do Carmo Andrade
OAB/MG 202469