



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO RELATOR DA 1ª
CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS,
DURVAL ÂNGELO.**

Referência:

Denúncia n.º 1.092.389/2020.

Denúncia n.º 1.095.060/2020 (Apensado).

Processo Administrativo Licitatório n.º 136/2020.

Ofício n.º 8493/2021.

DACON CONSTRUTORA EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 16.552.984/0001-53, com sede na Rua Três Corações, nº 1.074, Exposição, Passos, Estado de Minas Gerais, CEP nº 37.902-377, devidamente representada na forma do seu ato constitutivo pelo Sr. **DOUGLAS APARECIDO DE PAULA RIBEIRO**, vem, por intermédio de seus advogados signatários (Procuração em Anexo – Art. 183, par. único, RITCEMG), à presença do Ilmo. Conselheiro Relator, com fulcro no Artigo 307 e seguintes do RITCEMG e demais dispositivos normativos aplicáveis à espécie, apresentar **DEFESA ADMINISTRATIVA**, pelos motivos de fato e de direito a seguir desenvolvidos.

=== DA TEMPESTIVIDADE ===

Considerando que, *a uma*, a citação da Defendente ocorreu em 27/05/2021, sendo juntada aos autos a Carta de Citação em 18/06/2021; *a duas*, o prazo para apresentar Defesa Administrativa é de **15** (quinze) dias úteis contados da Data da Juntada do Aviso de Recebimento nos Autos; *a três*, excluindo-se o do início e incluindo-se o do vencimento; **conclui-se** que o prazo para apresentação de Defesa Administrativa findar-se-á em **09/07/2021**, o que comprova a tempestividade da Defesa Administrativa. Confira-se:

Art. 132. Os prazos referidos neste Regimento contam-se dia a dia, **a partir** da data: [...] **I** - do recebimento pelo responsável ou interessado, **com a juntada nos autos do mandado:**

- a) da citação, da intimação ou da notificação;
- b) do A.R. quando a intimação e notificação forem efetivadas por via postal.

Art. 134. Na contagem dos prazos, salvo disposição legal em contrário, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento.

Parágrafo único. Se o vencimento recair em dia em que não houver expediente, o prazo será prorrogado até o primeiro dia útil imediato.

=== DOS FATOS ===

Trata-se de procedimento administrativo sancionatório (“**Denúncia**”) para apuração de eventuais irregularidades nos Procedimentos Administrativos Licitatórios n.º **002/2020** e n.º **004/2020**, ambos processados na modalidade **Tomada de Preços**, pelo regime de Empreitada Global, forma menor preço, objetivando a contratação de empresa especializada para execução de obra pública na planta da iluminação pública de substituição de lâmpadas por luminária de led para a Diretoria de Obras Urbanas e Rurais da Prefeitura Municipal de Monte Sião, Estado de Minas Gerais, compreendendo material e obra de obra, conforme memorial descritivo, planilha orçamentária, cronograma físico-financeiro e projetos, anexos ao Edital.



1-). Da Denúncia n.º 1092389/2020:

A interessada **WORLDCOM COMERCIAL LTDA – ME**, já qualificada nos autos, protocolizou **Representação com Pedido Liminar**, processada sob o n.º **1092389/2020**, para ser apurada irregularidade no procedimento administrativo licitatório n.º **002/2020**, consistente na ilegalidade da exigência prevista no Item 3.3.4.3, subitem 3.3.4.3.1., do instrumento convocatório, no tocante à apresentação de declaração de realização de visita técnica obrigatória como condição de habilitação.

Recebida a Denúncia pelo MM. Conselheiro Presidente, a r. Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação e a r. Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia manifestaram pela procedência da **DENÚNCIA**, requerendo a suspensão do curso do processo licitatório.

Adotado o Relatório Técnico das Coordenadorias acima nominadas, a c. 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais ratificou a suspensão liminar do certame, sendo **anulado** o Processo Administrativo Licitatório n.º 002/2020 em 13/08/2020 pela Ilma. Presidente da Comissão Permanente de Licitação e Chefe da Divisão de Licitações do Município de Monte Sião/MG.

2-). Da Denúncia n.º 1095060/2020:

Ato contínuo, e após correção da exigência considerada restritiva, a Ilma. Presidente da Comissão Permanente de Licitação informou a publicação do Edital – Tomada de Preços **n.º 004/2020**, sendo encaminhada às Coordenadorias supramencionadas para apreciação.

Ocorre que nova Denúncia da **WORLDCOM COMERCIAL LTDA – ME** foi protocolizada, agora processada sob o n.º **1095060/2020**, para apuração de outras irregularidades.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação manifestou-se pela **procedência** da **DENÚNCIA** no que se refere à 1-) obrigatoriedade da visita técnica; 2-) das certidões de acervo técnico – CATs; 3-) da irregularidade na restrição à comprovação do vínculo entre o profissional e a empresa licitante.

Por outro lado, manifestou-se também pela improcedência da **DENÚNCIA**, no que se refere à ausência de precificação do projeto executivo, e remeteu à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, para análise da legalidade na indicação das parcelas de maior relevância técnica, constantes do item 2 da planilha orçamentária.

3-). Da Manifestação Prévia do Ministério Público de Contas:

Encaminhado ao Ministério Público de Contas, foi oportunizada a Manifestação Prévia à Citação do jurisdicionado, *ex vi* do Artigo 61, §3º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas (Peça n.61).

Nesse sentido, o DD. Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria opinou pela desnecessidade de aditar os Relatórios apresentados pela Coordenadoria De Fiscalização de Editais de Licitação e pela 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, requerendo a citação dos jurisdicionados para contraditório e ampla defesa.



4-). Da Defesa da Administração Pública Contratante:

A respeito da obrigatoriedade de Visita Técnica, o Município aduz que corrigiu o Edital para tornar facultativa a Visita, devendo o licitante contudo incluir na Documentação o Atestado de Visita ou Declaração de que conhece o local para Execução da Obra.

No tocante às certidões de Acervo Técnico, a Administração Pública deverá exigir a comprovação de registro perante o CREA do Responsável Técnico da empresa a ser contratada, nos termos do Artigo 30, incisos I e II da Lei Federal n.º 8.666/1993, sendo inclusive notificada pelo CREA a respeito.

Informa que tanto as empresas que apresentaram CAT do Profissional Habilitado como CAT da Empresa Licitante foram habilitadas para o certame, inexistindo, portanto, exigência restritiva.

Em relação à exigência de comprovação do vínculo entre o Profissional e a Empresa Licitante, a r. Procuradora arguiu que se trata de exigência imposta pelo CREA, inexistindo, portanto, irregularidade.

Na sequência, aduz que o questionamento no tocante à ausência de precificação do objeto executivo foi sumariamente considerado improcedente pela r. Coordenadoria de Fiscalização de Editais, de sorte que não desenvolveu justificativa acerca do tema.

Finalmente, no que pertine à exigência de qualificação técnica acerca os itens de maior relevância (Item 02 da Planilha Orçamentária), a r. Procuradora informou que a Diretoria de Obras contratou a empresa **DFT PROJETOS LTDA** para elaboração de Projeto Luminotécnico e Elétrico, bem como que a comprovação de aptidão a ser admitida era de atividade pertinente e compatível ao objeto da licitação, sendo que nenhuma foi inabilitada em razão do descumprimento do item., existindo inadequação apenas no tocante à palavra “construção”.

Eis a síntese dos fatos relevantes.

=== PRELIMINAR DE MÉRITO ===

1. DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DA INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO DA REPRESENTAÇÃO OU DA DENÚNCIA. DA INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA E DA CONSEQUÊNCIA DECADÊNCIA DO DIREITO.

A Administração Pública está adstrita ao quanto previsto no instrumento convocatório em virtude de seus atos serem, necessariamente, **vinculados e estritos**.

Nesse sentido, o Edital não poderá incluir de forma inadvertida cláusulas e condições que resultem, **direta ou indiretamente**, em **restrição à ampla competição**, sob pena de violação ao **caráter isonômico do certame**, e ser possível avar Impugnação Administrativa, em prestígio ao exercício do **direito público subjetivo**, ex vi do Artigo 4º, Lei Federal nº. 8.666/1993 e do Artigo 41, Lei Federal nº. 8.666/1993):

Artigo 4º., Lei nº. 8.666/1993 Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente



procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Art. 41, Lei nº. 8.666/1993. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.
§ 1º. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 10 do art. 113.

Portanto, e uma vez que os licitantes e a Administração Pública estão vinculados às disposições editalícias (Artigo 41, *caput*, Lei Federal n.º 8.666/1993), como instrumento de segurança que atua em nome do contraditório e da ampla defesa, é concedido aos licitantes outro mecanismo para se insurgirem **previamente** ao previsto no Instrumento Convocatório, qual seja, o da **Impugnação Administrativa**.

Apenas nos casos em que a Administração Pública **deixar de responder** ou, ainda, **não cumprir o prazo** previsto no instrumento convocatório para tornar pública a resposta [à Impugnação] é que o Cidadão poderá representar junto ao Tribunal de Contas, **e desde que atenda ao conteúdo** do disposto no Artigo 113, §1º, da Lei Federal n.º 8.666/1993. **Não antes.**

Em outras palavras, se o interessado não impugnar os termos do Edital **está precluso o seu direito de insurgir-se a respeito do conteúdo [do Edital], devendo aceitar o Edital nos termos originais.**

Ocorre, Ilmo. Conselheiro, que a Interessada **WORLD COM COMERCIAL LTDA** protocolou pedido de **Representação** com fulcro no Artigo 219 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, dispositivo **que não guarda qualquer relação com o instrumento aplicado:**

Art. 219. Na organização gradativa da súmula, será adotada uma numeração cardinal de referência para os enunciados, em sequência, devendo constar a citação dos dispositivos legais pertinentes e dos julgados em que se fundamentou a decisão.

Parágrafo único. Ficarão com nota de cancelamento os números dos enunciados que o Tribunal revogar, mantido o mesmo número naqueles que forem modificados, com a ressalva correspondente.

Vale ressaltar, também, que a **Representação** consiste no envio **por Agentes Públicos** de documentos para comunicação da ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento, *ex vi* do disposto no Artigo 310 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Artigo 310. Serão recebidos pelo Tribunal **como representação** os documentos encaminhados **por agentes públicos**, comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento, **em virtude do exercício do cargo, emprego ou função**, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.



Parágrafo único. Poderão representar ao Tribunal:

- I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- II - Membros do Ministério Público Estadual;
- III - Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- IV - Senadores da República, Deputados Federais e Estaduais, Vereadores e Magistrados;
- V - responsáveis pelos órgãos de controle interno;
- VI - servidores públicos e demais autoridades dos órgãos e entidades da administração pública;
- VII - responsáveis por unidade técnica do Tribunal;
- VIII - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais. **[grifo nosso]**

Veja que no caso de Processo Administrativo Licitatório é possível se utilizar da Representação apenas e tão somente como **instrumento EXCEPCIONAL** para **Controle Externo** [pelo Tribunal de Contas] das **DESPESAS PÚBLICAS** decorrentes dos **contratos e demais instrumentos regidos pela Lei Federal de Licitações** que foram utilizados pela Administração Pública Licitante.

Para tanto, utilizam-se da Teoria dos Motivos Determinantes ou, ainda, da apuração de Desvio de Poder, objetivando o controle de regularidade da **DESPESA PÚBLICA**. *In verbis*:

Artigo 312. A representação a que se refere o § 1º do art. 113 da Lei Federal nº 8.666/1993 será autuada e processada como denúncia e obedecerá às normas previstas no art. 301 e seguintes deste Regimento. Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, a denúncia deverá conter, além dos requisitos previstos no § 1º do art. 301, cópia do instrumento convocatório completo.

Artigo 113, Lei Federal n.º 8.666/1993. 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.

Não é o caso dos autos, Ilmo. Conselheiro.

Assim, a “Representação” (Denúncia, a rigor) não pode prosperar em virtude da inexistente subsunção fática à essência do dispositivo, cujo gatilho é Controle das Despesas (Artigo 113, Lei Federal n.º 8.666/1993), devendo ser inadmitida.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DOS ATOS PRATICADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LICITANTE DACON CONSTRUTORA EIRELI.

É importante gizar que a Peticionária **DACON CONSTRUTORA EIRELI** foi intimada para apresentar Defesa Administrativa acerca da Representação protocolizada, sem, contudo, praticar – **ou, ainda, ter contribuído, em qualquer medida, para**





prática de - quaisquer atos que sejam passíveis de caracterização de infração administrativa e, portanto, aplicação de sanção administrativa e/ou penal.

Com efeito, a Interessada **WORLDCOM COMERCIAL LTDA** apresentou 02 (duas) **Representações** perante o c. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em virtude de supostos vícios nas exigências previstas no instrumento convocatório que poderiam vir a resultar em restrição à ampla competição.

Portanto, é evidente que o mérito das Representações epigrafadas está cingido à apuração de eventual prática de ilícito de autoria da Administração Pública Licitante, não das certamistas que participaram do Processo Administrativo Licitatório.

Consigne-se que as Proponentes do Processo Administrativo Licitatório n.º 004/2020, **dentre as quais se inclui a Peticionária DACON, sequer tinham conhecimento da Representação protocolizada.**

Na verdade, e **conforme declara a própria Administração Pública Contratante**, nem o Município fora cientificado da existência de Denúncia relacionada ao certame Tomada de Preços n.º 004/2020, razão pela qual foi dado regular andamento ao processo administrativo licitatório. Confira-se:

Ora, o Município não teve ciência de que outra denúncia havia sido protocolada perante o TCE/MG antes da realização do certame TP 04/2020. Ao nosso ver, tudo havia sido efetivamente regularizado, posto que não houve no caso, nem nunca entre os envolvidos, qualquer interesse em beneficiar ou impedir a participação de qualquer empresa no processo licitatório. Muito ao contrário.

Assim, todos os efeitos dos atos administrativos praticados pela Administração Pública Licitante **não são extensíveis** à Peticionária **DACON**, razão pela qual não se é autorizada a aplicação do instituto da **responsabilidade solidária** entre Administração Pública Contratante e Peticionária **DACON**, notadamente no que pertine aos atos prévios e exclusivos como a elaboração do instrumento convocatório.

=== MÉRITO ===

3. DA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA E DE SEUS REQUISITOS AUTORIZADORES.

Em que pese o exposto, e caso o Ilmo. Conselheiro professe entendimento em sentido diverso, o que se aduz tão somente pelo gosto ao debate, impende esclarecer e afirmar que a Peticionária **DACON** não cometeu infração administrativa, **visto que ausentes os requisitos autorizadores para tanto**, conforme se passará a ver.

Ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello que a infração administrativa consiste no **'descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa'**.¹

Em outras palavras, a norma sancionadora tem por **requisito autorizador** a concretização **voluntária** de violação a dispositivo administrativo, não sendo admitida

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 840.





apenas a **presunção** de elementos subjetivos (intenção *dolosa* ou *culposa*) de uma delas no âmbito de um julgamento balizado por critérios objetivos, como é o caso dos autos.

Se a Peticionária não age imbuído de **dolo, má-fé**, bem como não **frauda intencionalmente o resultado do processo administrativo**, ou, ainda, não atuam de forma a, objetivamente, se manifestar o elemento **culpa no procedimento adotado**, não se configura ato de violação, e, portanto, não há infração administrativa.

É necessário, portanto, ter em mente que a essência do ato ilícito consiste em ato comissivo ou omissivo **voluntário**, pelo qual o agente, *ausente o cuidado*, e por negligência, imperícia ou imprudência, causar dano a outrem. Essa é, aliás, a concepção trazida pelo legislador (CC/2002 – art. 186).

Em outras palavras, o elemento subjetivo “culpa” é visto como “omissão de diligência”², decorrente de imprudência, negligência ou imperícia, **desde que com intenção** do ato, **mas não** do resultado. Por sua via, o elemento subjetivo “dolo” caracteriza-se pela volição **deliberada** à direito e à causação de dano a outrem.

Para apurar a responsabilidade daquele que agiu imbuído de um dos elementos subjetivos acima destacados, é necessário se debruçar por sobre a ideia de **causa da responsabilidade** ou, ainda, perquirir a denominada **causa efficiens**.

Em outras palavras, analisa-se o **nexo de causalidade** entre o **ato** humano que ensejou o dano e o **fato** posto (dano efetivo), com o intuito de se identificar a **causa juridicamente relevante**, a ponto de permitir à autoridade competente a regular imputação de pena proporcional à dimensão do delito.

Ou seja, o que configura, de fato, a infração administrativa é o elemento subjetivo (culpa ou dolo) de uma das partes, não sendo possível atribuir-lhes responsabilidade se não incorrerem em condutas assim tipificadas.

Portanto, a aplicação **injustificada** de penalidade viola a prescrição constitucional da ampla defesa e do contraditório, bem como a do princípio da proporcionalidade da pena em relação ao ato supostamente cometido e efetivamente não comprovado.

Destarte, cabe à autoridade **competente** um **olhar nada menos do que cirúrgico** antes da imposição das penalidades administrativas. Este é o natural e obrigatório **exercício do dever-poder da Administração Pública e não se questiona tal prerrogativa**. Todavia – e isso que não se admite –, a aplicação de penalidade pelo agente sancionador não pode se pautar por mera presunção *hominis* (de que **provavelmente houve motivo, dolo ou culpa no delito**), uma vez que a sua atuação [autoridade sancionadora] deve perseguir as esteiras da legalidade, da imparcialidade, e, sobretudo, da moralidade, **sob pena de se configurar extralimitação de competência**, isto é, inversão – e portanto, **desvio de função** – da estrutura binomial do **dever-poder** para **poder-dever**.

Nessa via, IMPUTAR elementos subjetivos àqueles que **não contribuíram ou que não deram ensejo**, em qualquer medida, ao equivocado entendimento do r. Julgador de que estavam ali presentes elementos caracterizadores de infração administrativa é, na verdade, **conduzir o processo sancionatório à guisa dos**

² MENDONÇA, Carvalho de. **Pareceres**. v. I, Falências, p. 160.





princípios que o regem, desvirtuando sua natureza para se tornar um verdadeiro instrumento de perseguição do Poder Público.

Dito de outro modo, não se é possível simplesmente alegar que no caso dos autos houve infração por **culpa** ou, ainda, por **dolo** da Peticionária **DACON**. **Não se é dada, pela Constituição Federal, liberdade à presunção.**

Caso contrário, e se em apreciação do mérito no âmbito judicial restar evidenciada a **INAPLICABILIDADE** da sanção aplicada, será imperioso atribuir ao ato ilegal cometido pela autoridade o **DESVIRTUAMENTO** do desempenho de **função** do exercício de **dever-poder** - **extralimitação de competência (inversão para poder-dever** ³, **fenômeno em que se caracteriza a substituição do interesse PRIMÁRIO (público) pelo SECUNDÁRIO (ente governamental), ou seja, em favor do interesse dos Impugnantes).**

Nesse cenário, todo e qualquer prejuízo causado à Peticionária **DACON** e ao interesse público primário será arcado pela **Administração Pública** no próprio âmbito da ação judicial, sem prejuízo da propositura de **ações criminais** de desvio de função e, ainda, **denúncia** ao Ministério Público para esquadriñar todos os envolvidos que perseguiam fins de interesses próprios às custas da Administração Pública.

Este é, aliás, o magistério do Professor Celso Antônio de Bandeira Mello *in* Curso de Direito Administrativo (2009, p. 97 e ss.):

Em suma: os “poderes administrativos” – na realidade, deveres-poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validade exercidos – na extensão e intensidade *proporcionais* ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a qual estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, a final, **extralimitação da competência** (nome que se dá, na esfera pública, aos “poderes” de quem titulariza função). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e, como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado.

Isso porque a Administração Pública exerce **função, oposta à autonomia da vontade**, visto que atrelada à finalidade do dever de bem cuidar do **interesse público**, e não da **entidade governamental em si considerada**⁴.

3 Convém reiterar [...] considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrida sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes”, sic et simpliciter. Na verdade, o que nela se encontram são “deveres-poderes”, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de “função”.

Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são *instrumentais*: *servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolavelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não “poderes”, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como “poderes-deveres”, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97 e ss.]

4 [...] A Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce “função”, instituto – como visto – que se traduz na ideia do indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É **situação oposta à da autonomia da vontade**, típica do direito privado.

Onde já função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o **interesse público**; vale dizer, da



4. DA REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LICITATÓRIO N.º 004/2020. DA APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE MÁ-FÉ. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 303 DO RITCEMG.

Subsidiariamente, e caso o Ínclito Conselheiro ainda se quede hesitante quanto ao esposado, o que se aduz para andar à esteira do princípio da eventualidade, é importantíssimo gizar que o Procedimento Administrativo Licitatório n.º 004/2020 – Tomada de Preços – foi processado de forma legítima, inexistindo vícios que inquinem sua validade.

Com efeito, todos os Licitantes interessados foram regular e tempestivamente convocados, apresentaram os Envelopes de Habilitação e de Proposta e foram convocados para as sessões de aberturas destes.

Finalmente, e após regular procedimento administrativo, a Peticionária **DACON** foi sagrada Vencedora do Processo em virtude de ter apresentado o Menor Preço (Critério), homologando-se em seguida a vitória via Decisão Administrativa e, às derradeiras, celebrado o contrato administrativo para regular Execução.

Veja, i. Conselheiro, que nenhum dos atos administrativos que permeiam o Processo Administrativo Licitatório foi provocado por quaisquer nulidades ou ilegalidades, afinal, nenhum ato foi caracterizado como infração ao Instrumento Convocatório ou aos princípios basilares da Contratação pela Administração Pública.

Caso assim não fosse, os Licitantes **não Habilitados** ou, ainda, **não considerados Vencedores** teriam prontamente interposto Recurso Administrativo compatível com o ato guerreado, ou, também, teriam judicializado a questão, **o que não ocorreu**.

Na verdade, o que se nota é uma empresa descontente que não explora atividade compatível à Execução do Contrato Administrativo e resolveu por apresentar “Representações” diretamente ao c. Tribunal de Contas do Estado **sem contudo dispor de respaldo legal para tanto**, visto que ausentes os requisitos autorizadores para tanto.

Portanto, cabe ao Ilmo. Conselheiro apurar a realidade dos fatos para perquirir as verdadeiras intenções da Denunciante, **visto que em certa medida flertam com a má-fé**, dado que **não demonstram quaisquer irregularidades praticadas pela Administração Pública Contratante**, ou, ainda, pelas Licitantes, no que tange aos Recursos Públicos, em observância ao disposto no Parágrafo Único do Artigo 303 do Regulamento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, *in verbis*:

Artigo 303. O denunciante não se sujeitará a qualquer sanção administrativa, cível ou penal em decorrência da denúncia, salvo em caso de comprovada má-fé.

Parágrafo único. Comprovada a má-fé, o fato será comunicado ao Ministério Público junto ao Tribunal para as medidas legais cabíveis.

coletividade como um todo, **e não da entidade governamental em si mesmo considerada**. [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97 e ss.]





5. DA PREVISÃO LEGAL QUE AUTORIZA A EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30, INCISO II, §1º., INCISO I, LEI FEDERAL N. 8.666/1993:

Apenas para exaurir a matéria, em respeito ao princípio da eventualidade, a habilitação dos interessados para participar da licitação pública exige, dentre outras qualificações, a documentação relativa à aptidão técnica, **limitada** ao quanto previsto nos incisos e parágrafos do artigo 30 da Lei Federal n.º 8.666/1993, *in verbis*:

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

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 a 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:** (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)
a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)
b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Verifica-se que a comprovação de aptidão para desempenho da atividade da capacitação técnica (inciso II) será realizada mediante atestados, limitada à exigência (§1º.) prevista no inciso I do parágrafo. Leia-se: **capacitação técnico-profissional**.

E mais: a capacitação técnico-profissional consiste, para não restar quaisquer dúvidas, na comprovação de que a licitante possui em seu quadro (seja societário, de funcionários ou, ainda, em contrato de pré-contratação, cuja condição é a celebração de contrato administrativo com o Ente Licitante) **profissional** de nível superior que detenha **atestado de responsabilidade técnica** pela execução de obra ou prestação de serviço de características semelhantes.

Portanto, a Administração Pública Contratante atendeu ao quanto prescrito na legislação aplicável, inexistindo restrições aptas a invalidarem o certame ou, ainda, permitir a aplicação de sanções administrativas ao Município e, às derradeiras, à Peticionária, que não influenciou, **em qualquer medida**, a confecção do Instrumento Convocatório.





6. DO PEDIDO SUBSIDIÁRIO. DE EVENTUAL ANULAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. DA NECESSÁRIA INDENIZAÇÃO DOS DANOS À PETICIONÁRIA DACON. DA INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 59, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI FEDERAL N.º 8.666/1993.

Às derradeiras, e caso o Ilmo. Conselheiro declare a **NULIDADE** do contrato administrativo celebrado pela Administração Pública e a Peticionária **DACON**, em virtude de vícios insanáveis – frise-se com duplo grifo, **desconhecidos e, portanto, impassíveis de extensão dos efeitos da eventual infração à Peticionária DACON – o que se aduz tão somente pelo gosto ao debate**, é importantíssimo relembrar que a nulidade **não exonera a Administração Pública** de indenizar a Contratada **DACON** até a data em que for declarada, *ex vi* do disposto no Parágrafo Único do Artigo 59 da Lei Federal n.º 8.666/1993:

Artigo 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

=== DOS PEDIDOS e REQUERIMENTOS ===

Ante o exposto, requer-se:

1 – Após processamento da presente Defesa Administrativa, requer sejam remetidos à Unidade Técnica competente para análise e manifestação conclusiva, bem como ao Ministério Público de Contas, para que seja reconhecida:

1.1. Em Preliminar de Mérito:

1.1.1. A **inadequação da via eleita;**

1.1.2. A **decadência ao direito à Impugnação Administrativa;**

1.1.3. A Impossibilidade de se estender os Efeitos de eventual Infração praticada pela Administração Pública Contratante à Peticionária **DACON**.

1.2. No Mérito:

1.2.1. A inexistência de caracterização de Infração Administrativa pela Peticionária **DACON** **visto que ausentes os requisitos autorizadores para tanto;**

1.2.2. A regularidade do Procedimento Administrativo Licitatório n.º 004/2020, bem como do Contrato Administrativo celebrado.

1.2.3. A aplicação da penalidade prevista no Parágrafo único do Artigo 303 do Regulamento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

2 - Em virtude do risco ao resultado útil do procedimento licitatório, consistente na impossibilidade de suspender a execução do contrato administrativo, requer-se seja conferido efeito suspensivo à Defesa Administrativa.



3 – Finalmente, requer seja inadmitida a Representação/Denúncia apresentada pela **WORLD COM COMERCIAL LTDA – ME**.

4 – Alternativamente, e caso Vossa Excelência reconheça a nulidade do contrato administrativo, requer seja a Peticionária **DA CON indenizada ATÉ a data da decretação de nulidade, a ser arbitrada em Liquidação de Decisão Administrativa;**

5 - Outrossim, requer a inscrição do nome de seu patrono **DR. EDUARDO TIAGO RIBEIRO**, inscrito na OAB/SP sob o n.º **407.202**, na contracapa dos autos e no sistema eletrônico dessa serventia, para que sejam regularmente intimados, **NECESSÁRIA E EXCLUSIVAMENTE**, de todos os atos processuais, sob pena de nulidade (NCPC, arts. 272, § 2º e 280).

Nesses termos, Pede e Aguarda Provimento.
Ribeirão Preto (SP), 9 de julho de 2021.

DR. EDUARDO TIAGO RIBEIRO
OAB/SP 407.202

