

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

ANÁLISE DE DEFESA

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, ~~Fls. _____~~ ~~ASS. _____~~ 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.

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.

Em análise inicial, este órgão técnico concluiu que 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.

Na sequência, os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas de Minas Gerais (MPC) – peça n. 18.

Em manifestação preliminar – peça n. 19, o MPC afirmou que não havia mais aditamentos a serem feitos e requereu: a citação do Sr. Reinaldo das Dores Santos, Prefeito Municipal, e da Sra. Camila dos Reis Ferreira, pregoeira, para que, querendo, apresentem defesa acerca dos apontamentos dos autos; o reexame do processo pela Unidade Técnica competente; e o retorno ao Ministério Público de Contas para parecer conclusivo.

No despacho de peça n. 21, o conselheiro relator determinou a citação dos responsáveis para que, caso queiram, apresentem defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca dos indícios de irregularidade apontados nos autos. Além do mais, determinou que após a apresentação da defesa, os autos do processo sejam remetidos a esta unidade técnica, para reexame, e, na sequência, ao MPC, para emissão de parecer conclusivo.

Devidamente citados às peças n. 22 e 23, os responsáveis apresentaram a defesa e os documentos anexos nas peças n. 27/44.

Por fim, os autos deste processo retornam a esta unidade técnica para análise de defesa – peça n. 45.

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”.

Por outro lado, os defendentes afirmam que *“a alegação do denunciante de que o pedido de retificação do edital foi negado e que há irregularidades no processo, merece ser afastada de plano, já que não houve análise do mérito da impugnação, sendo as cláusulas do edital fielmente cumpridas pela Pregoeira”.*

Os defendentes acrescentam, ainda, que o *“denunciante fez menção em seu pedido de esclarecimento do Processo nº 944.792 que previu a participação de pessoas físicas em certames, porém, inobservou que o objeto do citado processo tratava-se de transporte escolar, que não impede que a prestação de serviços se dê por pessoas físicas ou jurídicas. Ao contrário do objeto do certame em questão, que trata-se de prestação de serviços a ser executada por um maior número de profissionais”.*

Além do mais, os defendentes argumentam que *“podemos verificar a cláusula 9.5.1 do edital, que prevê que 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. Ora Excelência, como uma pessoa física irá apresentar um rol de profissionais vinculados á ela?”*

Afirmam, ainda, que *“a Administração utilizou-se da prerrogativa de que lhe é dada pela própria lei, de se exigir um tipo de prestação de serviço que melhor lhe atenda”.*

Por fim, os defendentes destacam que *“a manutenção da prestação do serviço objeto do processo licitatório em comento, atende o interesse público e ao Princípio da Economicidade”.*

Análise:

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) é o órgão que auxilia o Poder Legislativo estadual no exercício do controle externo. Dentre suas atribuições, a Corte de Contas mineira é responsável pela fiscalização de dinheiro, bens e serviços de órgãos e entidades do estado de Minas Gerais e dos municípios mineiros.

Destarte, nos termos do art. 3º da Resolução n. 12/08 desta Corte de Contas (Regimento Interno), compete ao TCEMG fiscalizar os procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados.

Desse modo, a apuração de qualquer irregularidade ou ilegalidade em procedimentos licitatórios de órgãos e entidades da administração direta e indireta do estado de Minas Gerais e dos municípios mineiros é competência do TCEMG. Portanto, o objeto desta denúncia é de competência do TCEMG, pois se trata de suposta irregularidade em licitação realizada pelo Município de Santa Maria de Itabira.

Além disso, colaborando para o controle externo a cargo do TCEMG, o caput do art. 82 da Constituição do Estado de Minas Gerais determinou que qualquer cidadão, partido político, associação legalmente constituída ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidade ou ilegalidade de ato de agente público.

Adicionalmente, o parágrafo único do art. 82 da Constituição do Estado de Minas Gerais acrescentou que a denúncia poderá ser feita, em qualquer caso, à Assembleia Legislativa, ou, sobre assunto da respectiva competência, ao Ministério Público ou ao Tribunal de Contas.

Dessa maneira, não há qualquer exigência constitucional, legal ou infralegal de que o licitante tenha que esgotar a instância administrativa para fins de propor uma denúncia ao TCEMG, ou seja, não é necessário que o licitante impugne ou recorra de supostas irregularidades de licitações para que possa fazer uma denúncia no âmbito do TCEMG.

Assim, independentemente da tempestividade da impugnação ou pedido de esclarecimento ao edital de licitação, não há impedimento para a apresentação de denúncia ou representação, uma vez que se trata de assunto de competência do TCEMG.

Quanto às demais alegações do denunciante, os defendentes trouxeram argumentos que já foram discutidos na análise inicial. Não foram trazidos fundamentos e documentos comprobatórios que afastem a suposta ilegalidade. Por esse motivo, transcreve-se a seguir o exame técnico inicial que continua se aplicando à presente lide:

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*

¹http://santamariadeitabiratp.portalfacil.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://santamariadeitabiratp.portalfacil.com.br/detalhe-da-licitacao/info/pp-9-2021/10383>

*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:

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

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

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 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 n.º 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 Pública possui discricionariedade para não prever a possibilidade de contratação de pessoa física, uma vez que, conforme já discorrido, 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.

Desse modo, não há previsão legal para a vedação genérica à participação de pessoas físicas em certames licitatórios. Além do mais, caso a contratante esteja com receio com o futuro inadimplemento contratual por pessoa física contratada, há a fase de habilitação. Nessa etapa do certame a Administração Pública poderá desabilitar os licitantes que não tenham capacidade técnica e econômica para o cumprimento do contrato.

Ademais, o defendente não apresentou a justificativa, feita dentro do procedimento de licitação, para a restrição do caráter competitivo do certame.

Por outro lado, sabe-se que a maioria dos licitantes prestadores dos serviços objetos desta denúncia são pessoas jurídicas. Dessa maneira, a restrição do caráter competitivo é mínima, na medida que houve, ainda, a participação de 5 (cinco) licitantes no certame – Peça n.29 (página 14/18). Portanto, não é razoável e econômico a anulação do contrato já firmado e em execução.

Logo, este órgão técnico, sem prejuízo da aplicação de multa, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte, entende que deve ser recomendado aos defendentes que, nas licitações futuras, não vede a participação de pessoas físicas, salvo por motivo devidamente justificado no processo licitatório.

Conforme o exposto, esta Unidade Técnica entende que deve ser mantido o entendimento do relatório técnico inicial, no sentido de 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.

À consideração superior.

3ª CFM, 26 de agosto de 2021.

Diogo Pereira França
Analista de Controle Externo
TC 3277-5