

PROCESSO Nº 1.084.495

NATUREZA: REPRESENTAÇÃO

ÓRGÃO: FUNDO PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE QUARTEL GERAL (FUNDOPREV)

REPRESENTANTE: EDMUNDO CAETANO DE FARIA (VEREADOR DE QUARTEL GERAL)

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

ANO REF.: 2020

REEXAME

I. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos acerca da Representação oferecida pelo Edmundo Caetano de Faria (Vereador de Quartel Geral), diante de possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 001/2020 (Processo Licitatório nº 001/2020), promovido pelo Fundo Previdenciário dos Servidores Municipais de Quartel Geral (FUNDOPREV), cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de assessoria na gestão do Regime Próprio de Previdenciária, contábil e administrativa, bem como todos os procedimentos exigidos pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG) e Ministério da Previdência Social (MPS), conforme legislação pertinente vigente, mediante as condições e quantidades contidas neste certame (fls. 2/7 – Peça nº 06 – SGAP).

Em síntese, o representante aponta as seguintes irregularidades no Pregão Presencial nº 001/2020 (Processo Licitatório nº 001/2020) (fls. 2/7 – Peça nº 06 – SGAP):

- a) Exigência de atestado de capacidade técnica fornecido apenas por pessoa jurídica de direito público e com exigência de firma reconhecida;
- b) Exigência de vínculo empregatício no momento da contratação; e

- c) Exigência de prova de inscrição no Conselho Regional de Administração (CRA) e no Conselho Regional de Contabilidade (CRC).

Foram juntados à Representação, os documentos referentes ao Pregão Presencial nº 001/2020 (Processo Licitatório nº 001/2020) (fls. 10/ 28 – Peça nº 06 – SGAP).

No relatório nº 105/2020, a Coordenadoria de Protocolo e Triagem manifestou-se pela autuação dos documentos como Representação, tendo em vista o atendimento dos requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 310 e 311 do Regimento Interno (fls. 29/30v – Peça nº 06 – SGAP).

Prosseguindo, o Conselheiro Presidente determinou a autuação e distribuição dos autos como Representação (fl. 31 – Peça nº 06 – SGAP).

Em 06/02/2020, o processo foi distribuído para relatoria do Conselheiro José Alves Viana (fl. 32 – Peça nº 06 – SGAP).

Na sequência, o Conselheiro Relator determinou que a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) realizasse o exame dos fatos representados, conforme despacho às fls. 33/33v – Peça nº 06 – SGAP.

Em análise inicial, a CFEL considerou procedente as seguintes irregularidades (fls. 34/41 - Peça nº 06 – SGAP):

- a) Exigência de atestado de capacidade técnica fornecido apenas por pessoa jurídica de direito público e com exigência de firma reconhecida; e
- b) Exigência de prova de inscrição no Conselho Regional de Administração (CRA) e no Conselho Regional de Contabilidade (CRC).

Com isso, o Conselheiro Relator determinou a intimação da Sra. Cibele de Assis Campos (Pregoeira) e do Sr. Renato Moreira Campos (Procurador), na forma prevista no art. 166, §1º, VI e VII do Regimento interno, para que, no prazo de 48 horas apresentem

esclarecimentos sobre as questões abordadas na Representação, bem como encaminhem a cópia integral de todo o processo licitatório (fls. 43/44 – Peça nº 06 – SGAP).

Devidamente intimados, os agentes públicos se manifestaram nas fls. 50/66 da Peça nº 06 do SGAP, bem como acostaram aos autos a documentação requerida nas fls. 68/176 da Peça nº 06 do SGAP.

Nestes termos, encaminharam os autos a 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (3ª CFM) para reexame (fl. 178 – Peça nº 06 – SGAP).

No reexame, esta Unidade Técnica manteve as irregularidades apontadas pela análise inicial da CFEL (Peça nº 08 – SGAP).

Em manifestação preliminar, o Ministério Público de Contas requereu a citação dos responsáveis, e não teceu apontamentos complementares (Peça nº 10 – SGAP).

Regularmente citados, o Sr. Renato Moreira Campos (Procurador) e a Sra. Cibeles de Assis Campos (Pregoeira) acostaram a defesa na Peça nº 16 do SGAP.

Por conseguinte, os autos retornaram a esta Unidade Técnica para novo reexame, em cumprimento à determinação da Peça nº 11 do SGAP.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Da defesa apresentada pelo Sr. Renato Moreira Campos (Procurador) e pela Sra. Cibeles de Assis Campos (Pregoeira) anexada à peça nº 16

II.1.1 Da exigência de atestado de capacidade técnica fornecido apenas por pessoa jurídica de direito público e com exigência de firma reconhecida

A defesa enfatizou que *“é importante ao contratante, a experiência do interessado na seara demandada, qual seja, a assessoria especializada à autarquia previdenciária dos servidores públicos, ou do RPPS, em área contábil e administrativa”* (fl. 3 – Peça nº 16 – SGAP).

Ademais, ressaltou que *“não interessa à contratante, a experiência privada do interessado, vênia pedida, já que não guarda qualquer correlação com o objeto, e até mesmo, data vênia, é impossível de ser apresentada”* (fl. 3 - Peça nº 16 –SGAP).

Nessa ótica, alegou que *“o Regime Próprio de Previdência Social, é por definição legal, próprio, exclusivo dos servidores públicos, não existindo na seara privada, onde os segurados são vinculados ao RGPS, também público”* (fl. 3 -Peça nº 16 –SGAP).

Em complemento, afirmou que *“em que pese a redação poder ser melhorada, não limitou ou impediu a participação de qualquer interessado, posto que experiência na área visada, só é possível por atestado de atuação em ente público”* (fl. 4 –Peça nº 16 – SGAP).

Ainda sobre, destacou que *“eventuais serviços prestados a instituições privadas, não têm correlação com os RPPS, reservados que são, aos entes públicos, e então, só poderiam versar sobre RGPS, o que não ajuda na experiência mirada pela contratante, nova vênia”* (fl. 4 – Peça nº 16 –SGAP).

Por fim, sustentou que *“o dispositivo do art. 30, §1º, da Lei 8.666/93, não ferido, no caso, ante as peculiaridades do objeto e natureza do serviço, que inviabiliza a apresentação de atestado por pessoa de direito privado, outra vênia”* (fl. 5 – Peça nº 16 – SGAP).

Análise

A respeito do requisito da qualificação técnica, dispõe o art. 30, da Lei nº 8.666/93:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como

da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (Grifo nosso)

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 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: (Grifo nosso)

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; (...)

Ao ler o dispositivo supracitado, extraímos que a lei não faz qualquer exigência de que a comprovação de aptidão seja fornecida por órgão público. Inclusive, ao tratar do específico caso de licitação de obras e serviços, esclarece que os atestados podem ser fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Sobre essa questão o Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCEMG) possui uma vasta jurisprudência, vide abaixo:

11862 – Planejamento – Habilitação – Técnica – Atestados – Expedidos por pessoa jurídica de direito público – Restrição à competitividade – Ilegalidade – TCE/MG

Acerca da exigência de atestados expedidos apenas por pessoa jurídica de direito público, o Informativo nº 54 do TCE/MG noticiou que o Relator “analisando a Lei de Licitações, orientou que o artigo 30 estabelece diretrizes, limitações e exigências relativas ao conteúdo dos atestados de comprovação de aptidão. Observou **que a exigência de que o atestado de capacidade técnica seja emitido pela Administração Pública fere o preceito constitucional da isonomia**, porque desiguala injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica, embora não tenham prestado serviços à pessoa jurídica de direito público. Ademais, acrescentou que qualquer exigência no tocante à experiência anterior, especialmente quando envolver quantitativos mínimos ou restrições similares, dependerá da determinação prévia e explícita, por parte da

Administração, das parcelas de maior relevância e valor significativo, de modo a assegurar o vínculo de pertinência entre a experiência anterior exigida e o objeto licitado. Aduziu que as disposições em apreço conferiram, de fato, indevida restritividade ao certame, pois das quinze empresas que se interessaram pelo objeto da contratação, solicitaram e efetivamente receberam o edital para análise, somente uma, a vencedora, compareceu à sessão de abertura dos envelopes”. (TCE/MG, Denúncia nº 812.442, 2ª Câmara, Rel. Cons. Sebastião Helvécio, Informativo nº 54, período de 26.09 a 09.10.2011.)

6375 – Licitação – Edital – Habilitação – Capacidade técnica – Vedação de apresentação de atestados emitidos por pessoas privadas – Ilegalidades – TCE/MG

“Representação. Ilegalidade da vedação à apresentação de atestados de pessoas privadas. Relativamente à matéria, o TRF/1ª R. decidiu: ‘Com efeito, a norma contida no item 14.3, alínea b, do Edital, que impossibilita a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado, é incompatível com o artigo 30, § 1º, da Lei 8666/93, que expressamente permite a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado’. (TRF/1ª R. 3ª T. Supl. MAS nº 01000147527/DF. Proc. nº 1999-01.00.014752-7. DJ 18 jun. 2003 p. 195). Portanto, pela inteligência do § 1º e do § 5º do art. 30 da Lei 8666/93, (...) são vedadas as exigências de que o licitante apresente atestado emitido exclusivamente por pessoa jurídica de direito público, e que este atestado seja emitido por prefeituras municipais com pelo menos 100.000 habitantes”. (TCE/MG, Representação nº 713057, Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada, j. em 01.08.2006.)

6360 – Licitação – Edital – Habilitação – Capacidade técnica – Acervo técnico – Atestados – Exigência de número mínimo – Ilegalidade – TCE/MG

“Licitação. Atestados de qualificação técnica. (...) [a exigência na habilitação] de 02 (dois) atestados de qualificação técnica (...) levou à restrição do caráter competitivo do certame. (...) do art. 37, XXI, da Constituição da República e do art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações, depreende-se a impossibilidade de serem feitas exigências imotivadas a serem observadas pelos particulares interessados no certame. (...) as regras previstas na Lei nº 8.666/93 (art. 30, § 1º, I e § 5º c/c art. 3º, § 1º, I) nos mostram que o Poder Público não pode prever no edital a obrigatoriedade na apresentação de um número mínimo de atestados. (...) a Administração, ao tecer exigências de qualificação técnica, deve ater-se às suficientes e necessárias para a execução do objeto em licitação. (...) O que está em exame é a aptidão do licitante em executar o objeto semelhante ao da licitação e não quantas vezes já executou objetos semelhantes. (...) o instrumento convocatório não pode estabelecer o número de atestados a serem apresentados. Se um único documento for capaz de comprovar que o particular já executou contrato com características análogas ao objeto licitado, não há porque exigir dois ou mais atestados para a habilitação do participante neste quesito”. (TCE/MG, Licitação nº 431587, Rel. Conselheiro Simão Pedro, j. em 07.04.2007.)

16071 – Licitação – Habilitação – Técnica – Exigência – Atestados fornecidos apenas pela Administração – Impossibilidade – TCE/MG

O TCE/MG apreciou denúncia apresentada em face de procedimento licitatório cujo objeto consistia na contratação de empresa especializada para

prestação de serviços de cessão de licenciamento de uso de sistemas integrados de gestão pública para compras e licitações. O Relator mencionou que a exigência de que os atestados de capacitação técnica fossem expedidos por pessoa jurídica de direito público, não sendo aceitos aqueles emitidos por empresa privada, trata-se de uma condição “restritiva ao princípio da ampla participação no certame”. Acerca do assunto, o TCE/MG ensinou que “dessa forma, entende-se que quem não prestou serviço para órgão público não poderá participar da licitação, restringindo, portanto, a participação de outras empresas interessadas e maculando o princípio da competitividade”. (TCE/MG, Denúncia nº 875.627, Cons. Rel. Eduardo Carone Costa, j. em 09.10.2012.)

Com base nos fundamentos das jurisprudências colacionadas, verificamos que é vedada a exigência de atestados emitidos exclusivamente por pessoa jurídica de direito público, uma vez que restringe a participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa presentes no art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

Em que pese a defesa tenha justificado que a exigência de que o atestado fosse emitido por apenas por pessoa jurídica de direito público era necessária por se tratar de assessoria especializada à autarquia previdenciária dos servidores públicos, entendemos que há ausência de razoabilidade nessa obrigatoriedade.

Compulsando o Pregão Presencial nº 001/2020, observamos que não há fundamentação plausível e coerente para restrição das fornecedoras do atestado de capacidade técnica.

Assim, concluímos que essa exigência restringe o caráter competitivo do certame e impede a participação de interessadas que apresentem propostas mais vantajosas para a Administração. Desse modo, opinamos pela manutenção da irregularidade.

II.1.2 Da exigência de prova de inscrição no Conselho Regional de Administração (CRA) e no Conselho Regional de Contabilidade (CRC)

A defesa relatou que “a exigência, no mais, não é abusiva, ou ameaça a isonomia, apenas busca maior qualificação dos interessados, concessa vênia, já que está de acordo com objeto pretendido” (fl. 6 – Peça nº 16 – SGAP).

Em complemento, frisou que “a área é delicada, com vários prestadores de serviços que se habilitam ao mister sem nenhuma especialização ou capacitação necessária e eficiência administrativa, princípio constitucional que vincula a administração e seus órgãos” (fl. 6 – Peça nº 16 – SGAP).

Nessa linha, afirmou que “o registro em Conselhos profissionais do métier do objeto da contratação, é garantia de ao menos regularidade dos interessados ante aos respectivos Conselhos, um, ou mais de um, além de ser exigências normativas destes Conselhos de Classe” (fl. 6 – Peça nº 16 – SGAP).

Ainda no tocante, alegou que “é desejável, no mínimo, que a empresa interessada esteja regular, bem como seus responsáveis técnicos, ante os órgãos de classe responsáveis, o contrário seria temerário e ilegal” (fl. 6 – Peça nº 16 – SGAP).

Ademais, aduziu que “a autarquia, não tem corpo de servidores próprios ou estrutura administrativa legal, que assegure a execução dos serviços específicos, nem tampouco tem meios ou necessidade de tal” (fl. 7 – Peça nº 16 – SGAP).

Por fim, transcreveu o art. 12, §2º, do Decreto nº 61.934/67, bem como citou Paul Boilesen (fls. 7/8 – Peça nº 16 – SGAP).

Análise

Em primeiro lugar, ressaltamos que o balizamento da documentação de qualificação técnica está prevista no art. 37, XXI da Constituição Federal, *in verbis*:

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. (Grifo nosso)

Do dispositivo legal supracitado, podemos extrair que a documentação de qualificação técnica deve se limitar àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações da futura avença.

Como sabido, a Lei Federal nº 8.666/1993 elenca tudo o que pode ser exigido a título de habilitação em um certame licitatório. Especificamente em seu art. 30, inciso I, dispõe que a documentação de qualificação técnica compreende o registro ou inscrição do licitante na entidade profissional competente, a saber:

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

I - **registro ou inscrição na entidade profissional competente**; (Grifo nosso)

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:

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;

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

(...)

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração

Da leitura do texto acima, temos que a Administração deve solicitar comprovação de registro ou inscrição na entidade profissional competente todas as vezes que o objeto contratual contemple atividade sujeita à fiscalização por entidade profissional.

No entanto, a Administração poderá solicitar a comprovação do registro ou inscrição em apenas uma entidade profissional. Esta limitação decorre da Lei nº 6.839/1980 que determinou:

Art. 1º O registro de empresas e a anotação dos profissionais legalmente habilitados, delas encarregados, serão obrigatórios nas entidades competentes para a fiscalização do exercício das diversas profissões, em razão da atividade básica ou em relação àquela pela qual prestem serviços a terceiros. (Grifo nosso)

Nesse contexto, considerando o objeto da licitação duas ou mais atividades passíveis de fiscalização por entidade de classe, deve a Administração optar por aquela de maior relevância, deixando as atividades acessórias para verificação da capacitação técnico-profissional no momento da sua execução, quando assim for determinado pela legislação.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho¹ preceitua que:

Por outro lado, problema relevante surge quando o objeto licitado apresenta natureza complexa e envolve a conjugação de atividades de diferente ordem. (...) Poder-se-ia imaginar que o licitante seria obrigado a comprovar inscrição em face de uma pluralidade de entidades distintas. Quanto a isso, deve lembrar-se da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980, cujo art. 1º propicia solução para o impasse. (...) Ou seja, considera-se o objeto a ser executado e define-se sua natureza principal ou essencial. Deverá promover-se o registro exclusivamente em face do órgão competente para fim principal da contratação.

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005, p.324.

Esse entendimento foi reafirmado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), vide abaixo:

56218 – Habilitação – Exigência de inscrição em 2 conselhos profissionais – Irregularidade – Limitação ao conselho que fiscalize a atividade básica – TCU

O TCU, em sede de representação, julgou sobre a exigência irregular de comprovação de registro em 2 conselhos de fiscalização, como critério de habilitação na licitação. Segundo o tribunal, “a exigência de comprovação de registro em dois conselhos de fiscalização de exercício profissional, como critério de habilitação na Licitação (...), afronta a jurisprudência desta Corte de Contas, eis que a exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente, para fins de comprovação de qualificação técnica, deve se limitar ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação, conforme previsto no art. 1º da Lei 6.839/1980 c/c o art. 58, inciso II, da Lei 13.303/2016”. (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 2.615/2021, do Plenário, Rel. Min. Raimundo Carreiro, j. em 03.11.2021.)

Por conta disso, concluímos que o Pregão Presencial nº 001/2020 deveria ter se limitado a obrigatoriedade do registro de uma empresa em determinado conselho profissional, em razão da atividade básica que ela exerce ou em relação ao serviço preponderante da licitação.

Embora a defesa afirme que a exigência de comprovação de registro em dois conselhos de fiscalização de exercício profissional não é abusiva, entendemos que ela prejudica a competitividade do processo licitatório, uma vez que retira da Administração a opção em escolher um maior número de alternativas possíveis de empresas que atendam ao objeto do certame.

Assim, por todos os motivos expostos, entendemos que a exigência de comprovação de registro no CRA e CRC é irregular, pois restringe o caráter competitivo do certame. Diante disso, mantemos o entendimento da análise inicial.

II.1.3 Da responsabilização do parecerista

A defesa dissertou que “não há ilícito algum em emitir parecer jurídico não vinculativo, ainda que suas conclusões não sejam as mais adequadas, pois ao advogado é dado o livre exercício profissional e liberdade em suas convicções e conclusões, como aos Magistrados, que podem livremente decidir, sem risco de sanções e processos” (fls. 8/9 – Peça nº 16 –SGAP).

Transcreveu o art. 133 da Constituição Federal (CF), a Lei nº 8.906/94 e as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF -5), do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Supremo Tribunal Federal (STF) (fls. 9/13 – Peça nº16 – SGAP).

Em complemento, destacou que *“o advogado em questão, é prestador de serviços do Município, e a título de colaboração, sem ônus, se dispôs a auxiliar na formalização do procedimento concorrential da autarquia local”* (fl. 14 – Peça nº 16 – SGAP).

Nessa esteira, argumentou que *“o fez, na condição de advogado, e para atendimento à Lei 8.666/93, exarou parecer jurídico no processo, opinando pela regularidade do procedimento, de forma fundamentada, que mantém, inclusive, salvo talvez, o abrandamento de algumas exigências, ou redação do texto, que podem se revestir de desnecessário excesso de cautela, mas nunca, infração legal”* (fl. 14 – Peça nº 16 – SGAP).

Ainda no tocante, enfatizou que *“o parecer, é fruto do entendimento profissional, técnico do emitente, não tendo que agradar, ou ceder a posições discordantes, nem tampouco, de órgãos de controle, até porque, visa mesmo, convencer tais órgãos, de que seu entendimento é equivocado, merecendo mudança”* (fl. 14 – Peça nº 16 – SGAP).

Na sequência, citou os juristas Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e o Ministro Carlos Veloso, bem como alguns julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) (fls. 15/16 – Peça nº 16 – SGAP).

Nessa toada, salientou que *“o parecer possui caráter opinativo, é uma opinião técnico-jurídica, não podendo ser considerado um ato administrativo decisório. Desta forma, o parecer não vincula a autoridade que possui poder decisório. Ele é, apenas, uma orientação para o administrador no processo decisório, sendo certo, in casu, que o defendente mantém o entendimento opinativo externado, que protege a administração, defende o interesse público”* (fl. 16 – Peça nº 16 – SGAP).

Assegurou que o assessor jurídico não pode ser responsabilizado judicialmente se os danos causados aos clientes ou terceiros não resultem de erro grave, inescusável ou de ato ou omissão decorrentes de culpa ou dolo (fl. 17 – Peça nº 16 – SGAP).

Mencionou o entendimento dos doutrinadores Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marçal Justen Filho (fl. 17 – Peça nº 16 – SGAP).

Por fim, arguiu que *“não há vícios no Edital que o comprometam, ou comprometa a lisura do certame, como faz presumir o próprio desfecho deste, sem impugnações e ou recursos, contendo o edital as exigências próprias da conveniência, necessidade e oportunidade da administração, e dentro da discricionariedade desta”* (fl. 18 – Peça nº 16 – SGAP).

Análise

Em princípio, cabe destacar que é possível atribuir culpa ao assessor jurídico pela emissão do parecer favorável ao certame, quando o parecer vai de encontro às normas legais.

Acerca da responsabilidade de autores de parecer jurídico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro² assinala o seguinte:

Normalmente se afirma que os pareceres jurídicos são de natureza opinativa, não obrigando a autoridade administrativa a acatar as suas conclusões; se ela discordar, poderá adotar decisão diversa, desde que adequadamente fundamentada. **No entanto, normalmente, o que ocorre é que as autoridades, quando solicitam o parecer, decidem com base nele, já que proferido por profissional da área jurídica, que se presume habilitado para o exercício desse mister. Nesses casos, o parecer, ainda que não mencionado expressamente no ato decisório, constitui a sua própria motivação. (...); ele integra o ato administrativo, como requisito formal hoje considerado essencial à validade do ato pela doutrina mais autorizada. (...)** (Grifo nosso)

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 2ª ed., 1995, Malheiros, p. 117/118.

Do texto, podemos comentar que o parecerista é responsável pelo teor de sua manifestação, diante da análise dos atos da licitação e validade do edital e de seus instrumentos, possuindo o dever, de ofício, de manifestar-se pela nulidade dos atos eivados de ilegalidade.

Nessa linha, o Tribunal de Contas da União (TCU) tem adotado o seguinte entendimento:

O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais antijurídica que fosse, situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos e poderia levar a um caos generalizado na administração. (Acórdão nº 190/2001 – Plenário: Relator Walton Alencar Rodrigues. Relatório de Levantamento, Processo nº 009.580/1999-9. Data da sessão 08/08/2001 Número da ata 32/2001 – Plenário.)

Da leitura, depreendemos que a adoção de tese no sentido de inexistência de responsabilidade do parecerista jurídico, por se tratar de peça opinativa, pode conduzir a situações de impunidade.

Ademais, o TCU já se manifestou em outras oportunidades sobre a responsabilidade do parecerista jurídico quando o seu parecer viola os princípios e preceitos legais, contrário ao interesse público:

Importa reconhecer que os pareceres jurídicos emitidos por procuradores ou consultores dos órgãos públicos, em regra, não têm caráter obrigatório aos gestores. Não vincula a atividade do administrador, que poderá não aceitá-lo. Tal fato, entretanto, não é suficiente para afastar a responsabilidade do servidor que assina o parecer. Esta atividade não pode ser tida como imune a responsabilização. O parecerista, ao assinar a peça que lhe cabe produzir por dever funcional, assume a responsabilidade pelo seu conteúdo. Não está livre para lançar peças contrárias ao direito. Deve, como qualquer servidor público, assumir as obrigações inerentes ao seu cargo. Admitir a tese da irresponsabilidade do procurador do Órgão pelos O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos

relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal. O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muita vez sem consonância com os autos. Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissos ou tendenciosos, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário. Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública. (Acórdão nº 462/2003 – Plenário: Relator Walton Alencar Rodrigues. Prestação de Contas: Processo 008.902/1995-0. Data da sessão 07/05/2003 Número da ata 16/2003 – Plenário)

Na função Consultiva (que é o caso em pauta), o advogado também tem imunidade, mas esta fica condicionada a opiniões que não venham flagrantemente de encontro às normas legais, visto que, **agindo como consultor do administrador público, deve ser responsabilizado quando emite pareceres que sabe ou deveria saber nocivos ao interesse público, induzindo à gestão ineficiente de recursos públicos e trazendo prejuízos para a fazenda pública.** Nesta hipótese, deve responder em solidariedade com o administrador. (Acórdão nº 226/2004 – Plenário: Relator Adylson Motta. Solicitação: Processo nº 014.661. Data da sessão 10/03/2004 Número da ata 07/2004 – Plenário) (Grifo nosso)

Reforçando o entendimento, esta Corte de Contas vem decidindo no sentido de que a inviolabilidade do parecer jurídico não é absoluta, nos termos da Denúncia nº 1012301, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, julgada pela Segunda Câmara em 03/09/2020:

1. O parecerista jurídico não tem responsabilidade imediata em virtude da sua função consultiva, contudo tal inviolabilidade não é genérica e permissiva de modo a alcançar atos ilícitos.

(...)

O parecerista jurídico não tem responsabilidade imediata em virtude de sua função consultiva. Isso porque o advogado tem a liberdade de opinar sobre a matéria que lhe for submetida à apreciação. Contudo, o comando estatuído no art. 133 da Constituição da República não pode conduzir o intérprete à

conclusão de que a inviolabilidade é genérica e permissiva de modo a alcançar atos ilícitos.

Nesse sentido, aponta Marçal Justen Filho:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que vier a ser praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela inviabilidade, quando os atos contenham defeitos. **Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.** (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. São Paulo. 15 ed., 2012, p. 596). (Grifo nosso)

Em linhas gerais, a responsabilização do parecerista de órgão público depende da análise da natureza jurídica do parecer, da análise da peça e dos elementos que a motivaram, se ele está alicerçado em lições de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, baseada em interpretação razoável de lei, o que só pode ser elucidado ao se empreender o exame do mérito (...)

Ainda sobre, o então Ministro Joaquim Barbosa afirmou no MS 24.6319 que a questão “não se resume a mera afirmação apodítica da impossibilidade absoluta de responsabilização dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria” e traçou os seguintes parâmetros:

Como já sustentei no voto-vista nº MS 24.584, calcado em respeitável doutrina, a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer. Assim, poder-se-ia dizer que:

- (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo,
- (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;
- (iii) mas quando a lei estabelece a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante” (décider sur avis conforme), o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. (...) Com essas considerações, no atual momento da jurisprudência do STF, eu acredito que seja possível formular as seguintes premissas para o exame de questões como a presente:

A) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista. A contrário sendo, e a bem da coerência do sistema, não cabe extrair dessa conclusão que o administração que o administrador também se isenta da responsabilidade, pois se a lei lhe reconhece autoridade para rejeita entendimento da consultoria, também lhe imputa as eventuais irregularidades do ato. Esse é o entendimento firmado no MS 24.073, ressaltando que se aplica a ressalva desse julgado quanto à possibilidade de verificação **de “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo”** (trecho da ementa do MS 24.073). (Grifo nosso)

B) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso

Da análise do caso concreto, constatamos que o parecer jurídico foi elaborado com conteúdo genérico, sem comprovação da efetiva análise do edital e dos seus respectivos anexos, em especial a legalidade das cláusulas editalícias restritivas.

Dado o exposto, entendemos que houve erro grosseiro por parte do parecerista ao emitir parecer jurídico genérico. Sendo assim, deixamos de acolher as justificativas apresentadas e mantemos o entendimento de responsabilizar o agente público.

II.1.4 Da responsabilização da Servidora (Pregoeira)

A defesa informou que a servidora cuida da burocracia formal, sem poder de gestão ou ordenamento, atuando na formalização do processo, não agindo com dolo ou má-fé, pelo contrário, agindo no rigor de proteção dos interesses do ente promotor do certame (fl. 19 – Peça nº 16 – SGAP).

Nesse sentido, alegou que *“ com efeito, inquestionável a boa fé da servidora, sendo assente que, desde que o agente erre de boa fé, sem abuso de poder ou intenção de se locupletar às custas do erário, não fica sujeito a responsabilização civil, mesmo que seus atos lesem a administração ou causem”* (fl. 19 – Peça nº 16 – SGAP).

Por fim, argumentou *“não ter, voluntariamente, praticado ou participado de qualquer irregularidade, nos fatos denunciados, sobre os quais se lhe imputa responsabilidade, não tendo havido lesão ao erário, e nem tampouco obtido esta,*

qualquer vantagem ilícita destes eventuais, não sendo possíveis vícios formais, à luz do direito e da jurisprudência, vênia pedida, capazes de justificar punição à servidora, ensejando multa, ou condenação outra, nova vênia (fl. 19 – Peça nº 16 – SGAP).

Análise

No caso em apreço, a manifestação da defesa residuiu apenas na boa-fé da servidora (Pregoeira). Nesse sentido, concluímos, com base na análise da defesa e na documentação apresentada, que os argumentos apresentados pelos defendentes não foram capazes de excluir a responsabilidade do agente.

Desse modo, opinamos pela manutenção da responsabilização do agente público pelas irregularidades assinaladas neste reexame.

III. Conclusão

Por todo exposto, concluímos pela procedência da Representação, em função das seguintes irregularidades:

- a) Exigência de atestado de capacidade técnica fornecido apenas por pessoa jurídica de direito público e com exigência de firma reconhecida; e
- b) Exigência de prova de inscrição no Conselho Regional de Administração (CRA) e no Conselho Regional de Contabilidade (CRC).

Esclarecemos que as irregularidades apontadas são passíveis de aplicação de multa ao Sr. Renato Moreira Campos (Procurador) e a Sra. Cibele de Assis Campos (Pregoeira), agentes públicos responsáveis pelas irregularidades assinaladas, por terem praticados atos com grave infração à norma legal, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II da Lei Orgânica desta Corte (Lei Complementar nº 102, de 2008).

À consideração superior.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL



3ª CFM, 29 de abril de 2022.

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