



Parecer n.: 359/2023
Autos n.: 1.114.502
Natureza: Denúncia
Jurisdicionado: Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG)
Entrada no MPC: 05/08/2022

PARECER

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator,

1. Trata-se de denúncia apresentada pela empresa RH Engenharia Ltda., na qual são apontadas supostas irregularidades no Processo Licitatório n. 004/2021, Pregão Presencial n. 003/2021, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG), cujo objeto é o *“registro de preço para futura e eventual aquisição de luminárias de LED instaladas e acessórios, para atender as necessidades dos municípios integrantes consórcio”*, no valor estimado de R\$ 86.869.525,47 (oitenta e seis milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, quinhentos e vinte e cinco reais e quarenta e sete centavos). (peças 01/03)

2. Aduziu a denunciante, em síntese, que: (i) sua inabilitação, por não atendimento aos itens 4.1.5 e 4.1.8, alíneas e/h, do edital, foi indevida, tendo sido comprovado por meio de análise técnica que a luminária oferecida cumpria aos mencionados itens; (ii) existência de indícios de direcionamento da licitação à empresa Zagonel, uma vez que foi aceito pelo pregoeiro a proposta comercial da empresa com quantitativos diversos dos exigidos no edital; (iii) existência de conluio entre as empresas Zagonel, Teltex e Triângulo Luz, pois todas apresentaram cotação prévia de preços com luminárias da própria Zagonel, utilizando os mesmos preços oferecidos pela fabricante; (iv) houve direcionamento quanto aos bens a serem adquiridos, com especificações sempre compatíveis aos produtos comercializados pela empresa Zagonel.

3. Recebida a denúncia em **1º de fevereiro de 2022** (peça 04), o conselheiro relator determinou a intimação de Custódio Ribeiro Garcia, presidente do CIMOG, e Lucas Ferrarez Ferreira da Costa, pregoeiro, para que encaminhassem o inteiro teor das fases interna e externa do processo licitatório e apresentassem as justificativas que entendessem pertinentes (peça 06).

4. Intimados, os responsáveis apresentaram manifestação e documentos juntados nas peças 11/30.

5. Seguiu-se o exame inicial da unidade técnica (peça 32), assim concluído:

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se no sentido da improcedência dos seguintes apontamentos no Processo de Licitação n.º 004/2021, Pregão Presencial n.º 003/2021, promovido pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana – CIMOG:

- Desclassificação indevida da empresa denunciante;



- Possível direcionamento da licitação – aceitabilidade da proposta com quantitativos imprecisos;
- Conluio entre as empresas participantes do certame.

Por outro lado, manifesta esta Unidade Técnica no sentido procedência do seguinte apontamento no âmbito desse processo licitatório:

- Direcionamento do certame em decorrência das especificações das luminárias.

Indício de irregularidade nos seguintes fatos apurados por esta Unidade Técnica:

- Sobrepreço na Planilha de Referência. Ausência de composição de custos. Ausência de detalhamento dos encargos sociais e do BDI;
- Risco de jogo de planilha na forma como o certame foi conduzido.

Os responsáveis pelas irregularidades observadas estão listados nos itens 3.4.4, 3.5.3 e 3.6.3 deste relatório.

Propõe esta Unidade Técnica a citação dos responsáveis pelos apontamentos aqui descritos, como forma de promover o princípio do contraditório e da ampla defesa.

6. Posteriormente, o Ministério Público de Contas apresentou manifestação preliminar (peça 34) na qual, sem realizar aditamentos, requereu a citação dos responsáveis.

7. Citados, Custódio Ribeiro Garcia, presidente do CIMOG, e Lucas Ferrarez Ferreira da Costa, pregoeiro, apresentaram defesa conjunta instruída com documentos (peças 40/48).

8. A unidade técnica, então, concluiu o seguinte em seu reexame (peça 54):

Feitas as devidas análises dos argumentos trazidos pela defesa, esta Unidade Técnica manifesta-se no sentido da manutenção dos apontamentos quanto às irregularidades no Processo de Licitação nº 004/2021, Pregão Presencial n.º 003/2021, promovido pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana – CIMOG, conforme se segue:

- Direcionamento do certame em decorrência das especificações das luminárias.
- Sobrepreço na Planilha de Referência. Ausência de composição de custos. Ausência de detalhamento dos encargos sociais e do BDI;
- Risco de jogo de planilha na forma como o certame foi conduzido.

9. Após, vieram os autos ao Ministério Público de Contas para parecer.

10. É o relatório, no essencial.



FUNDAMENTAÇÃO

11. O Ministério Público de Contas ratifica o reexame elaborado pela unidade técnica (peça 54) para também concluir pela procedência parcial da denúncia em razão das seguintes irregularidades constatadas no Processo Licitatório n. 004/2021, Pregão Presencial n. 003/2021, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG):

- Direcionamento do certame em decorrência das especificações das luminárias.
- Sobrepreço na Planilha de Referência. Ausência de composição de custos. Ausência de detalhamento dos encargos sociais e do BDI;
- Risco de jogo de planilha na forma como o certame foi conduzido.

Da responsabilidade pelas irregularidades

12. Quanto à responsabilidade pelas irregularidades apontadas, não se pode olvidar que a Lei Federal n. 13.655/2018 incluiu disposições na Lei de Introdução às Normas Brasileiras do Direito Brasileiro (LINDB) e passou a dispor sobre a responsabilidade dos agentes públicos nos seguintes termos: “Art. 28: O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

13. Diante do uso do conceito jurídico indeterminado pelo legislador (“erro grosseiro”), compete à doutrina aquilatar o significado e a extensão da expressão para adequada aferição da responsabilidade subjetiva do agente e às instâncias judicial e controladora aplicá-lo conforme as circunstâncias do caso concreto.

14. Em artigo intitulado “O Art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo”¹, Gustavo Binenbojm e André Cyrino defendem que o erro passível de responsabilização no direito brasileiro pressupõe a ocorrência de culpa. Segundo os autores:

A adoção da categoria de erro grosseiro nos parece uma legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte. Em outras palavras, o erro grosseiro é um código dogmático que exprime como a culpa deve ser valorada para que o agente público possa ser responsabilizado. E isso atende a objetivos concomitantes que o legislador pretendeu harmonizar ao fazer a sua escolha: de um lado, a repressão aos casos de negligência, imprudência e imperícia graves, e, de outro lado, a promoção da segurança jurídica e de uma certa abertura experimental a soluções inovadoras pelo agente público.

¹ Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 203-224, Nov. 2018.



15. Portanto, o “erro grosseiro” pode ser entendido como um balizador da culpa, se qualificando como um erro inescusável. Trazendo para a realidade do direito público, pode ser entendido como um erro inescusável a conduta do agente público que, por exemplo, vai de encontro às normas do ordenamento jurídico ou aos entendimentos jurisprudenciais dominantes e consolidados dos órgãos de controle.

16. A necessidade de seguir a interpretação dada pelos órgãos de controle se revela ainda mais imperiosa **nas licitações e contratações públicas, que são uma seara sensível no direito administrativo por envolvem dispêndio de altas somas de recursos públicos**, sendo utilizadas, não raras vezes, para práticas de favorecimentos, desvios e corrupção, como é de conhecimento geral e notório da sociedade brasileira.

17. Relativamente à expressão “erro grosseiro”, o Tribunal de Contas da União tem adotado a seguinte definição (Acórdão 2.391/2018)², *in verbis*:

(...) Segundo art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “*que poderia ser percebido por pessoa de diligencia normal, em face das circunstâncias do negócio*”. Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

18. Tomado como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. **Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorre de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.**

19. Posteriormente, o Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamentou os novos artigos da LINDB, dispôs no art. 12, § 1º, que “*considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”.

20. No caso concreto em análise, entende o Ministério Público de Contas que as irregularidades verificadas no Processo Licitatório n. 004/2021, Pregão Presencial n. 003/2021, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG), constituem flagrante descumprimento da legislação que rege as licitações e contratações públicas, razão pela qual devem ser caracterizadas como “erro grosseiro” a que alude o art. 28 da LINDB, demonstrando elevado grau de **imperícia** na aplicação das normas licitatórias.

² TCU, Acórdão 2391/2018 – Plenário, Tomada de Contas Especial, Relator Benjamin Zymler, sessão de julgamento 17/10/2018.



21. Verifica-se que as irregularidades apontadas no certame, acima já elencadas no parágrafo 11, são decorrentes de exigências indevidas contidas no termo de referência e de deficiências no planejamento da contratação, notadamente na formação da planilha orçamentária estimada, também reproduzida no termo de referência.

22. E, conforme demonstra a cópia do instrumento convocatório juntada na peça 02, o termo de referência do certame ora examinado foi subscrito pelo presidente do CIMOG, Custódio Ribeiro Garcia, ao qual deve ser imputada, portanto, a responsabilidade pelas irregularidades constatadas no certame.

Da anulação do certame em razão das insanáveis irregularidades nele verificadas

23. As irregularidades constatadas no certame ora examinado são graves. Acarretaram o direcionamento do certame e proporcionaram a celebração de contratos dele decorrentes sem que tenha sido realizada pesquisa de preços apta a demonstrar a adequação entre os valores da proposta declarada vencedora e os valores de mercado dos bens e serviços contratados.

24. Notadamente a ausência de demonstração da composição dos custos unitários, sem detalhamento dos materiais e mão de obra que compõem os serviços contratados, dos encargos sociais e do BDI, associada à realização de julgamento pelo critério menor preço global, culminaram em contratação na qual é grande o risco de haver o denominado “jogo de planilha”, que pode ocasionar prejuízo ao erário dos municípios contratantes.

25. Assim, diante das graves irregularidades verificadas no certame e do risco de dano ao erário dos municípios que integram o CIMOG, há que ser determinada a anulação do Processo Licitatório n. 004/2021, Pregão Presencial n. 003/2021, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG), bem como da sua decorrente ata de registro de preços.

26. Com relação aos contratos celebrados com fundamento na ata de registro de preços oriunda do certame em análise, considerando a essencialidade do serviço de iluminação pública e os prejuízos que acarretarão eventual abrupta interrupção dos serviços de manutenção dos ativos de iluminação, entende o Ministério Público de Contas que deve o Tribunal de Contas determinar não a anulação dos contratos, mas sim que os municípios contratantes instaurem processo administrativo para apurar eventual ocorrência de dano ao erário na execução dos contratos, bem como se abstenham de prorrogar os contratos ao final de sua vigência inicial, deflagrando novo certame, escoimado das irregularidades verificadas nos presentes autos, para realizar a contratação da manutenção dos ativos de iluminação pública municipais.



CONCLUSÃO

27. Diante do exposto, **OPINA o Ministério Público de Contas:**

- a) **pela procedência parcial da denúncia** em razão das seguintes irregularidades no Processo Licitatório n. 004/2021, Pregão Presencial n. 003/2021, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG):
 - a.1) direcionamento do certame em decorrência das especificações das luminárias;
 - a.2) sobrepreço na Planilha de Referência. Ausência de composição de custos. Ausência de detalhamento dos encargos sociais e do BDI;
 - a.3) risco de jogo de planilha na forma como o certame foi conduzido.
- b) **pela aplicação de multa**, nos termos do art. 83, inc. I, e art. 85, inc. II, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008, **ao presidente do CIMOG, Custódio Ribeiro Garcia, subscritor do termo de referência**, em razão das irregularidades acima descritas na alínea “a”;
- c) **seja determinada a anulação do Processo Licitatório n. 004/2021, Pregão Presencial n. 003/2021**, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG), bem como de sua decorrente ata de registro de preços;
- d) **seja determinado** os municípios contratantes que instaurem processo administrativo para apurar eventual ocorrência de dano ao erário na execução dos contratos decorrentes do Processo Licitatório n. 004/2021, Pregão Presencial n. 003/2021, deflagrado pelo Consórcio Intermunicipal da Baixa Mogiana (CIMOG), bem como se abstenham de prorrogar os contratos ao final de sua vigência inicial, deflagrando novo certame, escoimado das irregularidades verificadas nos presentes autos, para realizar a contratação da manutenção dos ativos de iluminação pública municipais.

28. É o parecer.

Belo Horizonte, 17 de março de 2023.

Cristina Andrade Melo
Procuradora do Ministério Público de Contas
(Assinado digitalmente)