



Parecer n.: 1588/2023
Autos n.: 1.141.549
Natureza: Denúncia
Jurisdicionado: Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí (AMESP)
Entrada no MPC: 25/08/2023

PARECER

Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator,

1. Trata-se de denúncia apresentada por M7 Acessórios Ltda., na qual são apontadas supostas irregularidades no Pregão Presencial n. 002/2023, Processo Licitatório n. 015/2023, deflagrado pela Associação dos Municípios da Microrregião do Médio Sapucaí (AMESP), cujo objeto é a “contratação de empresa especializada para fornecimento de acessórios e materiais esportivos aos municípios” que compõem o consórcio. (peças 02 e 08)

2. Aduziu a denunciante, em síntese, haver as seguintes irregularidades no certame: (i) ausência de parcelamento do objeto; (ii) prazo exíguo para apresentação dos laudos; (iii) ausência de previsão no instrumento convocatório dos critérios de avaliação das amostras.

3. Recebida a denúncia em **17 de março de 2023** (peça 09), o conselheiro relator determinou a intimação de Wagner do Couto, pregoeiro, Moacir Franco, diretor executivo da AMESP, e Rosângela Maria Dantas, presidente da AMESP, para que encaminhassem a esta Corte de Contas o inteiro teor das fases interna e externa do Pregão Presencial n. 02/2023, bem como eventual contrato celebrado pelos municípios integrantes do consórcio e as justificativas que entendessem necessárias em face dos apontamentos da presente denúncia (peça 11).

4. Intimados, os responsáveis apresentaram manifestação (peça 21) e cópia do processo licitatório (peças 22/28).

5. Sobreveio decisão monocrática do conselheiro relator (peça 30), referendada pela Segunda Câmara na sessão de 18 de abril de 2023 (peça 39), que **determinou a suspensão cautelar do certame**.

6. Em seguida, a unidade técnica apresentou análise inicial (peça 42) assim concluída:

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta pela procedência da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Da ausência de parcelamento do objeto.



Por outro lado, manifesta-se pela improcedência da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Do prazo exíguo para apresentação dos laudos.
- Da ausência de previsão no instrumento convocatório dos critérios de avaliação das amostras.

Manifesta-se, ademais, pela existência de indícios de irregularidade no que se refere aos seguintes fatos:

- Da ausência de estudo de demanda.
- Da ocorrência de sobrepreço.

7. O Ministério Público de Contas, em sua manifestação preliminar (peça 44), requereu a citação dos responsáveis para apresentarem defesa em face das irregularidades apontadas pela unidade técnica.

8. O conselheiro relator determinou, então, a citação de Wagner do Couto, pregoeiro e subscritor do edital do Pregão Presencial n. 02/2023; de Moacir Franco, diretor executivo da AMESP e subscritor do termo de referência; e de Rosângela Maria Dantas, presidente da AMESP, para que apresentassem defesa “acerca dos fatos contidos na Denúncia, na análise da Unidade Técnica e no parecer do Órgão Ministerial”. (peça 45)

9. Citados, os referidos responsáveis apresentaram defesa conjunta (peças 49/52).

10. Sobreveio o reexame da unidade técnica (peça 57) assim concluído:

3 – CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta:

- Pelo não acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelos defendentes quanto aos seguintes apontamentos:
 - Da ausência de parcelamento do objeto.
 - Da ausência de estudo de demanda.
- Pelo acolhimento das alegações de defesa apresentadas pelos defendentes quanto ao seguinte apontamento:
 - Da ocorrência de sobrepreço.

4 – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:



- A expedição de recomendação aos agentes públicos para que promovam a anulação do Pregão Presencial n°. 002/2023 e para que, caso queiram deflagrar novo edital para contratação do mesmo objeto, sejam sanadas as irregularidades apuradas neste relatório, realizando-se o adequado estudo da demanda previamente à deflagração do certame e o adequado parcelamento do objeto licitado.
- O encaminhamento dos autos ao Ministério Público de Contas, para manifestação conclusiva.

11. Após, vieram os autos ao Ministério Público de Contas para parecer.
12. É o relatório, no essencial.

FUNDAMENTAÇÃO

13. O Ministério Público de Contas adota a fundamentação contida na análise inicial e no reexame da unidade técnica para também concluir pela procedência parcial da denúncia e manutenção das seguintes irregularidades: (i) ausência de parcelamento do objeto; (ii) ausência de estudo de demanda.

14. Diverge o Ministério Público de Contas da unidade técnica, contudo, quanto à proposta de encaminhamento para que seja apenas expedida recomendação em face das irregularidades apuradas.

15. Entendeu a unidade técnica que não seria pertinente a aplicação de multa aos responsáveis, “considerando que o certame veio a ser suspenso por este Tribunal de Contas antes da assinatura do contrato e que, portanto, não sobrevieram prejuízos efetivos ao erário”.

16. A argumentação da unidade técnica para afastar a aplicação de multa aos responsáveis não merece prosperar.

17. Quanto à responsabilidade pelas irregularidades verificadas no Pregão Presencial n. 002/2023, Processo Licitatório n. 015/2023, deflagrado pela AMESP, não se pode olvidar que a Lei Federal n. 13.655/2018 incluiu disposições na Lei de Introdução às Normas 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”.

18. 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.



19. 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.

20. 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.

21. 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.

22. 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 diligência 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.

23. 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**

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.

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



inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

24. 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”*.

25. No caso concreto em análise, o Ministério Público de Contas entende que constituem erro grosseiro, capaz de ensejar a aplicação de multa aos responsáveis, com fulcro no art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, as irregularidades consistentes na realização de licitação no valor estimado de R\$85.529.375,64 (oitenta e cinco milhões, quinhentos e vinte e nove mil, trezentos e setenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos) sem prévio estudo de demanda e sem parcelamento do objeto.

26. A ausência de estudo de demanda e a ausência de parcelamento do objeto já constituiriam irregularidades graves se analisadas isoladamente, pois ofendem, respectivamente, o art. 15, §7º, II, e o art. 23, §1º, ambos da Lei Federal n. 8.666/1993.

27. Tais irregularidades, quando cumuladas em um mesmo certame, são ainda mais graves em razão da restrição da competitividade que acarretam.

28. Conforme já destacado na manifestação preliminar ministerial, sem que tenha sido realizado nenhum estudo de demanda, como reconhecem expressamente os responsáveis, a AMESP deflagrou certame cujo o objeto licitado em lote único engloba o fornecimento de 145 (cento e quarenta e cinco) produtos distintos, no valor total estimado de R\$85.529.375,64 (oitenta e cinco milhões, quinhentos e vinte e nove mil, trezentos e setenta e cinco reais e sessenta e quatro centavos).

29. E, considerando o disposto no item 9.4.2.2 do edital³, o quantitativo licitado sem estudo de demanda e em lote único impediu que pudessem participar do certame empresas que não comprovassem já terem fornecido materiais esportivos em quantitativo avaliado em R\$ 42.764.687,82 (quarenta e dois milhões, setecentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e oitenta e sete reais e

³ 9.4.2. A documentação relativa à qualificação técnica consiste em:

9.4.2.1. Atestado de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, em papel timbrado, que comprove a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades e prazos com o objeto, demonstrando que a empresa licitante executou, fornecimento, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do quantitativo total da licitação.



oitenta e dois centavos), montante correspondente a 50% do valor total estimado do certame.

30. Não socorre os responsáveis a alegada ausência de dano ao erário, pois é pacífico na jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais que a aplicação de multas em razão de ato praticado com grave infração a norma legal e/ou princípio da administração pública independe da existência de dano.

31. Ademais, a alegada ausência de prejuízo efetivo decorreu não da atuação dos agentes públicos apontados como responsáveis, mas sim da ação de terceiro que ofereceu denúncia perante esta Corte de Contas, a qual, no exercício de seu poder cautelar, determinou a suspensão do certame.

32. Assim, entende o Ministério Público de Contas que deve ser aplicada multa com fundamento no art. 83, inciso I c/c art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, a Moacir Franco, diretor executivo da AMESP, subscritor da solicitação de contratação e do termo de referência do Pregão Presencial n. 002/2023 (peça, p. 02/73), em razão das graves irregularidades verificadas no certame.

CONCLUSÃO

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

- a) **pela procedência parcial da denúncia** em razão da constatação das seguintes graves irregularidades no Pregão Presencial n. 002/2023, Processo Licitatório n. 015/2023, deflagrado pela AMESP:
 - a.1) ausência de estudo de demanda, ofensa ao art. 15, §7º, II, da Lei Federal n. 8.666/1993;
 - a.2) ausência de parcelamento do objeto, ofensa ao art. 23, §1º, da Lei Federal n. 8.666/1993;
- b) **seja aplicada multa**, com fulcro no art. 83, inciso I c/c art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, **a Moacir Franco, diretor executivo da AMESP, subscritor da solicitação de contratação e do termo de referência do Pregão Presencial n. 002/2023 (peça, p. 02/73), em razão das irregularidades acima descritas na alínea “a”;**
- c) **seja determinado à AMESP, que promova a anulação do Pregão Presencial n. 002/2023, Processo Licitatório n. 015/2023 e encaminhe ao Tribunal de Contas de Minas Gerais cópia da publicação do ato de anulação, com fulcro no art.**



76, XVI, da Constituição do Estado de Minas Gerais e no art. 64, IV, da Lei Complementar n. 102/08.

34. É o parecer.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2023.

Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas
(Assinado digitalmente)