

Processo: 1135237
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Sílvio dos Reis de Oliveira
Órgão: Prefeitura Municipal de Pirajuba
Apensado à: Denúncia n. 1095541
Procuradores: Marco Aurélio Rodrigues Ferreira, OAB/MG 52.201; Yara Cristina Coelho Silvério, OAB/MG 175.721
MPTC: Procuradora Elke Andrade Soares de Moura
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 28/6/2023

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. CONHECIMENTO. MÉRITO. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. VÍCIOS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AFASTADA A RESPONSABILIDADE DO RECORRENTE. PROVIMENTO.

1. A responsabilidade subjetiva deve ser analisada sempre com base na efetiva participação do agente na formação do ato ilegal, com demonstração clara do liame entre a sua conduta e a ilicitude apurada.
2. Dá-se provimento ao recurso, afastando as multas aplicadas ao recorrente, por não haver conexão entre qualquer conduta sua com as irregularidades identificadas pelo controle externo, não havendo, portanto, que se falar em dolo ou erro grosseiro, na linha do que preconiza o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) conhecer do recurso ordinário, preliminarmente, por unanimidade, porquanto próprio, tempestivo e interposto por parte legítima, diante das razões expendidas no voto do Relator;
- II) dar provimento ao recurso, no mérito, por maioria, e afastar as multas aplicadas ao senhor Sílvio dos Reis de Oliveira, nos termos do voto divergente do Conselheiro Cláudio Couto Terrão;
- III) determinar a intimação do recorrente e, transitada em julgado a decisão, o arquivamento dos autos, nos termos do art.176, I, do Regimento Interno.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo, o Conselheiro Agostinho Patrus e, apenas no mérito, para desempate, o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz. Vencidos, no mérito, o Relator, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 28 de junho de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente

WANDERLEY ÁVILA
Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 28/6/2023

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Sílvio dos Reis de Oliveira contra acórdão prolatado pela 1ª Câmara, na Sessão de 20 de setembro de 2022, nos autos da Denúncia nº 1.095.541, *in verbis*:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

I) julgar parcialmente procedente a denúncia, em face das irregularidades encontradas no Edital de Pregão Presencial n. 079/2020, Processo Licitatório PMP/CPL/115/2020, da Prefeitura Municipal de Pirajuba;

II) aplicar, com amparo no disposto no art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/08, multa individual de R\$ 3.000,00 (três mil reais) aos responsáveis, Sr. Diogo Quintiliano de Oliveira, Pregoeiro e signatário do edital de licitação, e Sr. Sílvio dos Reis de Oliveira, Presidente do Instituto de Previdência Municipal e signatário do Termo de Referência, sendo:

a) R\$ 1.000,00 (mil reais), em decorrência da subjetividade na exigência das demonstrações, violando frontalmente o princípio do julgamento objetivo inserto no caput do art. 3º da Lei n. 8.666/93;

b) R\$ 1.000,00 (mil reais), em razão da exigência de apresentação de atestado que comprove a prestação de serviços de licenciamento de software de gestão pública similar ao ora licitado com, pelo menos, 80% das especificações técnicas obrigatórias, infringindo o princípio da ampla competitividade insculpido no art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações e Contratos; e

c) R\$ 1.000,00 (mil reais), diante da exigência de apresentação de que os atestados de capacidade técnica fossem emitidos apenas por pessoas jurídicas de direito público, a qual não encontra amparo legal e contraria a disposição contida no art. 3º, § 1º, I, c/c art. 30, II, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

III) recomendar à Administração que, nos certames futuros:

a) atente-se à redação do Edital, a fim de evitar divergências e erros materiais que possam afetar o regular andamento do processo licitatório;

b) promova a inclusão, no instrumento convocatório, das cláusulas previstas nos incisos VIII e IX do art. 55 da Lei n. 8.666/1993.

IV) determinar a intimação da denunciante e dos denunciados acerca do teor desta decisão, por via postal e DOC;

V) determinar, transitada em julgado a decisão e findos os procedimentos pertinentes, o arquivamento do processo, nos termos do inciso I do art. 176, regimental.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz.

Em síntese, o recorrente, à peça 1 deste processo, argumenta que a previsão no edital da facultatividade de demonstração do sistema de informática, por meio de exibição de amostras,

tinha o objetivo de reduzir custos com o instituto de previdência dos servidores públicos de Pirajuba (IPREMP), para diminuir gastos com despesas administrativas.

Alega que é necessário o percentual mínimo de 80% de atendimento das especificações técnicas para que um sistema de gestão previdenciária atenda às necessidades de um Regime Próprio de Previdência Social e não prejudique a prestação de serviços aos seus beneficiários, que em nada transgredir o preceito do art. 30 da Lei n.8.666/93.

O recorrente ainda se defende da exigência editalícia que fez de exigência de que os atestados de capacidade técnico-operacional sejam emitidos por pessoas jurídicas de direito público, alegando que a prestação de serviço por empresas privadas não possui as funcionalidades necessárias ao bom atendimento de um sistema de informática de gestão para instituto de previdência municipal

O processamento do recurso foi admitido no despacho anexado na peça 5 do SGAP.

A Unidade Técnica manifestou-se na peça 6 do SGAP pelo não provimento do recurso e, consequentemente, pela manutenção da decisão recorrida.

Em parecer exarado na peça 8 do SGAP, o Ministério Público de Contas opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1.1) Preliminar - admissibilidade do recurso

Nos termos da certidão recursal constante na peça 4 do SGAP, a decisão exarada nos autos de nº 1.095.541, em 20/09/2022, foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas - DOC do dia 13/10/2022. Foi certificado também que o prazo recursal se iniciou em 23/11/2022. O recurso interposto por Sílvia dos Reis de Oliveira foi protocolizado neste Tribunal em 16/11/2022. Certificou-se também que este recurso não é renovação de pedido anterior.

Nos termos relatados, o recurso é tempestivo.

Ademais, é inequívoco o interesse recursal do recorrente, haja vista que foi atingido pela decisão recorrida.

Verifico, ainda, que estão presentes os requisitos formais previstos no “caput” do art. 335 do Regimento Interno desta Corte, além dos demais previstos nos incisos I a III do mencionado artigo, relativos à qualificação do interessado, aos fundamentos de fato e de direito e ao pedido de nova decisão, razão pela qual ratifico a admissibilidade do processamento do recurso feita na peça 4 do SGAP.

Destarte, admito o recurso, porquanto próprio, tempestivo e interposto por parte legítima.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Admito, senhor Presidente.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Admito.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR NA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II.2) Mérito

II.2.1) Ilegalidade da previsão em edital de ser facultativa a apresentação de amostras de softwares de gestão do IPREMP.

Alega o recorrente que a previsão no edital da facultatividade de demonstração do sistema de informática, por meio de exibição de amostras, tinha o objetivo de reduzir custos com o instituto de previdência dos servidores públicos de Pirajuba (IPREMP), para diminuir gastos com despesas administrativas.

Entretanto, como se passa a demonstrar, não assiste razão ao Recorrente.

Deixar ao arbítrio do pregoeiro optar ou não pela apresentação de amostras de *softwares*, sem critério objetivo, configura cláusula editalícia extremamente subjetiva, em transgressão ao princípio do julgamento objetivo previsto no art.3º da Lei n. 8.666/93, o que requer clareza, transparência e previsibilidade nas regras do edital que governarão o certame. De fato, a subjetividade de tal regra editalícia é também nefasta à clareza das propostas, pois a apresentação de amostras envolve custos que impactam a elaboração de propostas. Dessa forma, sem a certeza se as amostras serão ou não exigidas, imprime-se enorme insegurança na formulação das propostas pelos interessados, o que pode estimular o aumento no valor das propostas. Referido aumento pode ser até desnecessário caso a proposta – diante da incerteza do edital no tocante à apresentação de amostra – embuta no seu preço o custo com possível deslocamento para apresentação de amostra que ao cabo da seleção da proposta não venha a ser exigida.

II.2) Ilegalidade da exigência de apresentação de atestado que comprove a prestação de serviços de licenciamento de software de gestão pública similar ao ora licitado com, pelo menos, 80% das especificações técnicas obrigatórias.

Alega o recorrente que é necessário o percentual mínimo de 80% de atendimento das especificações técnicas para que um sistema de gestão previdenciária atenda às necessidades de um Regime Próprio de Previdência Social e não prejudique a prestação de serviços aos seus beneficiários, e que isso em nada transgride o preceito do art. 30 da Lei n. 8.666/93.

Tal percentual mínimo de 80% de atendimento das especificações técnicas está previsto no item 9.4.1 do edital:

9.4.1 – Atestado(s) de capacidade técnica, expedido (s) por pessoas jurídicas de direito público, comprovando que licitante tenha prestados serviços com licenciamento de softwares de gestão pública similares aos ora licitados com pelo menos 80% das especificações técnicas obrigatórias constantes no termo de referência Anexo I.”

O art.30, II, da Lei n. 8.666/93, extensível ao pregão por força do art.9º da Lei n. 10.520/02, dispõe sobre a qualificação técnica para habilitação em licitação, *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

A habilitação pressupõe as exigências básicas, previstas exclusivamente no art.27, I a V da lei n. 8.666/93, as quais, se atendidas, demonstram que o licitante vencedor do pregão está apto a ser contratado. É dizer: as regras de habilitação devem avaliar quem tem as condições básicas de bem desempenhar as futuras prestações contratuais, que devem ser calibradas em face das circunstâncias concretas do objeto da licitação, sem incorrer em injustificável restrição à competitividade do certame.

A redação do art.30, II da Lei n. 8.666/93 estabelece que a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á à comprovação de aptidão, por meio de atestados técnicos, para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características com o objeto do contrato. Ou seja, o licitante, neste caso concreto, deve comprovar que já forneceu *software* pertinente e compatível com as características demandadas pelo órgão licitante.

A similaridade de 80% prevista no edital entre os atestados técnicos fornecidos pelos licitantes e as especificações técnicas que descrevem o objeto de tal contratação de fornecimento de softwares apresenta-se excessiva. Ela mais se aproxima de identidade – o que não estabelece a Lei n.8.666/93 – do que de *pertinência e compatibilidade* dos atestados técnicos com o objeto descrito para contratação. A exigência de correspondência no percentual de 80% entre os atestados técnicos exigidos dos licitantes e as especificações técnicas descritas pelo órgão licitante para o software a ser adquirido contrapõe-se aos comandos do art.30, II da Lei n. 8.666/93, que, repita-se, apenas exige *pertinência e compatibilidade* entre o atestado técnico e a descrição do objeto a ser contratado. Tal excessivo percentual de 80% de comprovação de experiência anterior, do qual a defesa não logrou justificar a necessidade, revela-se, gravemente ofensivo ao princípio da ampla competitividade do certame.

A propósito, conforme bem constou do acórdão recorrido, a jurisprudência do TCU¹ bem como a deste Tribunal reconhece ser excessiva a exigência de comprovação da prévia experiência na

¹ Acórdão n.º 1.052/2012 do TCU, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer, proferido na sessão do Tribunal Pleno de 2/5/2012.

execução de objeto semelhante ao licitado, que supere em 50% o quantitativo estimado para a futura contratação. Dos autos da Denúncia nº 969.183, julgado em sessão do dia 23/06/16, da qual fui Relator, transcrevo a ementa:

1. É indevida a fixação do quantitativo de atestados de capacidade técnica e de quantitativo superior a 50% do objeto.
2. A Lei de Licitações, no art. 30, II elenca a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da contratação no rol de documentos de habilitação para qualificação técnica.

Pelo exposto, neste ponto a irresignação do recorrente não merece guarida.

II.3) Ilegalidade da exigência de que os atestados de capacidade técnico-operacional sejam emitidos exclusivamente por pessoas jurídicas de direito público

Neste item o recorrente também não apresenta argumentos novos em seu recurso que possam desconstituir a decisão recorrida.

O recorrente limita-se a aduzir que não há possibilidade de empresa de direito privado emitir atestados de capacidade técnicas para o objeto do certame, uma vez que as funções do sistema são exclusivas para RPPS, que são obrigatoriamente pessoas jurídicas de direito público.

Entretanto, na linha do que decidiu a acórdão recorrido, reconheço também que os argumentos trazidos pelo recorrente não elidem a incompatibilidade em face do art.30, II, §1º da Lei n.8.666/93, da opção feita no item 9.4.1 do edital, ao exigir atestados técnicos exclusivamente emitidos por pessoa jurídica de direito público.

Sem dúvidas, exigir atestado técnico emitido somente por pessoa jurídica de direito público infringe o disposto no art.30, II, §1º da Lei n.8.666/93, que admite a comprovação da aptidão do licitante para executar o objeto do contrato por meio de atestados emitidos tanto por pessoas jurídicas de direito privado quanto pessoas jurídicas de direito público.

Ademais, no caso em apreço, é plenamente possível que empresas prestadoras de serviços a outras pessoas jurídicas de direito privado desenvolvam soluções tecnológicas que também atendam demandas de softwares para atividade peculiares ao setor público, tal como gestão previdenciária. Dessa forma, exigir para fins de habilitação a comprovação de prévia experiência apenas por meio de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público é previsão editalícia atentatória ao princípio da ampla competitividade que deve presidir as licitações.

Nessa linha, tal como constou do acórdão recorrido, reproduzo excerto da decisão que relatei na Denúncia n.º 997.814, em sessão da Segunda Câmara do dia 30/10/2018:

“A exigência de atestado de capacidade técnica emitido, exclusivamente, por pessoa jurídica de direito público contraria o disposto no § 1º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, na medida em que o permissivo legal deixa claro que a documentação relativa à qualificação técnica está limitada à comprovação de aptidão por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, isto é, ou um ou outro, à escolha do licitante.”

Logo, também não procede, neste ponto, a irresignação do recorrente.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto, no mérito, pelo não provimento do recurso, devendo ser mantida a decisão proferida em 20/09/2022, pela 1ª Câmara, na Denúncia nº 1.095.541, eis que não foram apresentadas razões suficientes a fim de desconstituir a decisão recorrida.

Intime-se o recorrente, nos termos do inciso I do § 1º do art. 166 da Resolução nº 12/2008, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão, efetue e comprove o recolhimento do valor devido, na forma prevista no *caput* do art. 365 do Regimento Interno.

Ultimadas as providências, e transitada em julgado a decisão, determino o arquivamento dos autos nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor Presidente, senhores Conselheiros,

A multa individual, no valor total de R\$3.000,00 (três mil reais), aplicada ao senhor Sílvio dos Reis de Oliveira refere-se às irregularidades decorrentes de cláusulas previstas no edital do Pregão Presencial nº 79/20. Ou seja, os vícios apontados dizem respeito apenas ao instrumento convocatório, que foi assinado tão somente pelo pregoeiro, senhor Diogo Quintiliano de Oliveira.

Com efeito, a responsabilidade subjetiva deve ser analisada sempre com base na efetiva participação do agente na formação do ato ilegal, com demonstração clara do liame entre a sua conduta e a ilicitude apurada.

Neste caso, o recorrente autorizou o procedimento administrativo (fl. 01) e delimitou o objeto a ser contratado, subscrevendo apenas o Termo de Referência (fls. 02/13).

Parece, portanto, evidente que as irregularidades identificadas não derivaram de atos praticados pelo recorrente ou para os quais ele tenha concorrido.

Por essas razões, na linha do que preconiza o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), não há que se falar em dolo ou erro grosseiro do recorrente, uma vez que não há conexão entre qualquer conduta sua com as irregularidades identificadas pelo controle externo.

Desse modo, peço vênia ao relator para dele divergir e dar provimento ao recurso, afastando as multas aplicadas ao senhor Sílvio dos Reis de Oliveira.

É como voto.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Senhor Presidente, neste caso também, eu acompanho a divergência apresentada pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Eu vou acompanhar o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

Peço vênia ao Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Vejo que nós tivemos um empate. Nesse caso, eu devo votar.

Eu vou acompanhar também a divergência, porque no meu entendimento, se o hoje recorrente, que foi apenado pela Câmara à época, não concorreu para as irregularidades, eu entendo que ele não deve ser apenado pela multa. Então, nesse caso, eu acompanho a divergência.

APROVADO O VOTO DIVERGENTE PROFERIDO PELO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO. VENCIDOS O RELATOR, O CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA E O CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

sb/fg

