



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Diretoria de Controle Externo dos Municípios
2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios



Processo: 1.135.507
Natureza: Denúncia
Relator: Conselheiro Substituto Adonias Monteiro
Órgão/ Entidade: Câmara Municipal de Itabira
Juízo de admissibilidade: 30/12/2022
Autuação: 03/01/2023
Apenso: 1.135.522 (Denúncia)

Análise de Defesa

I – Relatório

Tratam os autos de denúncias, com pedido de medida liminar, oferecidas pelas empresas Ágile Empreendimentos e Serviços Eireli (peça 2 do Processo Piloto n. 1.135.507) e THV Saneamento Ltda. (peça 1 do Processo n. 1.135.522, em apenso), em face do Pregão Presencial n. 10/2022, Processo Licitatório n. 65/2022, deflagrado pela Câmara Municipal de Itabira, com vistas à terceirização de mão de obra para prestação de serviços em postos de trabalho ocupados pelas categorias profissionais de jardineiro, porteiro, servente, vigia, zelador e motorista.

Submetidos os autos do Processo n. 1.135.507 à 1ª Coordenadoria de Fiscalização do Estado – 1ª CFE, a referida unidade técnica elaborou análise preliminar elaborada pela (peça 8), na qual concluiu pela procedência da denúncia no que se refere à desclassificação da denunciante e dos outros concorrentes em razão da não apresentação de planilha específica de valores contingenciáveis atinentes a horas extras e diárias, sem a realização de diligência prévia, em violação aos princípios da competitividade, da instrumentalidade do processo e do formalismo moderado.

O Conselheiro Presidente, nos termos do art. 197, §3º, do Regimento Interno, determinou a intimação da Sra. Vera Regina Soares Camilo Guimarães de Oliveira, pregoeira, e do Sr. Weverton Leandro Santos Andrade, presidente da Câmara de Itabira, para que apresentassem justificativas sobre a denúncia.

Regularmente intimados, a Sra. Vera Regina Soares Camilo Guimarães de Oliveira e o Sr. Heraldo Noronha Rodrigues se manifestaram às peças 19 e 20.

Em seguida, a Denúncia n. 1.135.522 foi apensada aos autos n. 1.135.507, em razão da conexão da matéria, conforme peça 21.

Após análise da documentação encaminhada, o Relator indeferiu o pedido de suspensão liminar do certame em razão da celebração do respectivo contrato, nos termos do art. 60, caput, da Lei Complementar n. 102/2008 e determinou o encaminhamento dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal – MPTC (peça 23).

Em sede de manifestação preliminar (peça 30), o *Parquet* não apresentou apontamentos complementares e requereu a citação dos responsáveis nominados pela Unidade Técnica para, querendo, apresentarem defesa.

Ato contínuo, o Relator determinou, nos termos do despacho de peça 31, a citação da Sra. Vera Regina Soares Camilo Guimarães de Oliveira, Pregoeira, e do Sr. Adoniran Pascoal de Souza, da Sra. Camila da Silva Coelho Alves, da Sra. Josenilda Rosilene de Araújo e da Sra. Solange Soares Carvalho, membros da equipe de apoio e subscritores da ata de análise das propostas, para apresentação de defesa, no prazo de 15 dias.

Regularmente citados, os responsáveis apresentaram defesa nos termos dos fatos e fundamentos aduzidos à peça 37, juntamente com os documentos às peças 38 a 66.

Por fim, a matéria foi remetida a esta 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 2ª CFM para análise de defesa, em cumprimento à determinação à peça 31, conforme termo de encaminhamento (peça 72).

II – Fatos e Fundamentos

II.1 – Da irregularidade na desclassificação das denunciante e demais licitantes em razão da não apresentação de planilha específica de horas extras e diárias, em violação aos princípios da competitividade, da instrumentalidade do processo e do formalismo moderado

A 1ª CFE, em exame inicial (peça 8), considerou procedentes os fatos trazidos pela empresa Ágile Empreendimentos e Serviços Eireli, em relação aos aspectos denunciados à peça 2 do Processo Piloto n. 1135507¹. Conforme apontado, entendeu irregular a desclassificação da denunciante, bem como das demais participantes da indigitada licitação (à exceção da licitante vencedora), em função da exigência de requisito não muito claro no instrumento editalício.

Assim, a referida Unidade Técnica concluiu pela:

(...) **procedência** da denúncia concernente à seguinte irregularidade: desclassificação da Denunciante e outros concorrentes em razão da não apresentação de planilha específica de valores contingenciáveis atinentes a horas extras e diárias, sem a realização de diligência prévia, em violação aos princípios da competitividade, da instrumentalidade do processo e do formalismo moderado. (grifos do autor)

a) Alegações dos defendentes

¹ Atente-se para o fato de que a análise à peça 8 do processo n. 1135507, embora elaborada em função da denúncia apresentada pela empresa Ágile Empreendimentos e Serviços Eireli, aproveita à denúncia posteriormente apensada aos autos principais, haja vista os fatos idênticos apontados também pela outra denunciante. (HV Saneamento Ltda. à peça 1 do Processo n. 1135522, em apenso).

Os defendentes alegaram, preliminarmente, a ausência de interesse de agir “pois a empresa denunciante não comprova nenhuma lesão sofrida e qualquer irregularidade no processo licitatório em questão”.

Aduziram que “a ausência de interesse de agir significa dizer que o processo deve ser útil e não apenas isso, deve ter um fim útil. Ora, o interesse processual pressupõe, além da correta descrição da alegada lesão ao direito material, a aptidão do provimento solicitado para protegê-lo e satisfazê-lo, o que não ocorreu no caso em tela”.

Informaram, como reforço às alegações defensivas, que a licitante Ágile Empreendimentos e Serviços Eireli teria ingressado com a mesma denúncia perante o Ministério Público do Estado de Minas Gerais da comarca de Itabira/MG, que a arquivou “por entender que não houve qualquer irregularidade no processo licitatório em questão como demonstra a decisão e ofício em anexo”.

No mérito, os defendentes pugnaram pela regularidade do Processo Licitatório n. 65/2022 - Edital de Pregão Presencial n. 10/2022 e consequente improcedência da denúncia, sob o argumento de que “as exigências contidas no edital se revelaram adequadas, exigíveis e proporcionais” (p. 9/10, peça 37).

Segundo os defendentes, “o descontentamento da denunciante se resume na sua desclassificação no Processo Licitatório nº 65/2022 - Edital de Pregão Presencial n. 10/2022, ocorrida no dia 13/12/2022 por não ter apresentado em sua proposição as planilhas de horas extras e diárias conforme previsão no edital”.

Contrapondo-se ao entendimento dos denunciante, alegaram os defendentes que “o edital da licitação e seus respectivos anexos trazem sim de forma expressa e cristalina a exigência de apresentação das referidas planilhas de horas extras e diárias”, conforme comprovariam os documentos anexos, cujas partes reproduziram na sequência, quais sejam:

- a cláusula 7.1.1.2 (p. 10, arquivo “5-Edital”, peça 20) que exige a apresentação de planilhas com o *detalhamento dos custos envolvidos*, inclusos os Anexos I-C (p. 19/20, arquivo “7-Edital - Anexo I A-D”, peça 20), que trata da *Composição de Preços das Diárias de Motoristas*, e I-D (p. 21/22, arquivo “7-Edital - Anexo I A-D”, peça 20) que trata das *Horas Extras*;
- a cláusula 9.1.11.1 (p. 18, arquivo “5-Edital”, peça 20), que textualmente determina:

será inabilitada a licitante que deixar de apresentar quaisquer documentos exigidos no envelope “DOCUMENTAÇÃO”, ou se apresentar em desacordo com o estabelecido neste edital, ou, ainda, os apresentar com irregularidades, não se admitindo complementação posterior (...).

Acrescentaram que “para não restar dúvidas aos licitantes, foi ainda elaborado ‘esclarecimentos ao edital’ que também trouxe de forma expressa a referida exigência (documento em anexo)” (p. 1, arquivo “11. Esclarecimentos - Edital”, peça 20):

2) Os valores de diárias de viagem e horas extras serão fixos para todos os concorrentes conforme demonstrado no Anexo I-C e I-D?

RESPOSTA:

Sim, os valores provisionais de diárias de viagem e horas extras serão fixos para a composição de custos e formação de preços, em busca de um critério objetivo ao julgamento das propostas.

- Valor Diárias de Viagem: R\$11.111,11 (onze mil cento e onze reais e onze centavos)

- Valor Horas Extras: R\$73.546,61 (setenta e três mil quinhentos e quarenta e seis reais e sessenta e um centavos).

b) Análise técnica

Em relação à preliminar arguida, é imperioso ressaltar que, sabidamente, o interesse de agir, por vezes também conhecido como interesse processual, refere-se à utilidade que o processo judicial pode trazer ao demandante, conforme explicitado pelos próprios defendentes ao afirmarem que “(...) o processo deve ser útil e não apenas isso, deve ter um fim útil” (p. 2, peça 37).

Com efeito, o que caracteriza o interesse processual ou interesse de agir é, em síntese, o “binômio necessidade-adequação; necessidade concreta da atividade jurisdicional e adequação de provimento e procedimento desejados” (Cândido Rangel Dinamarco, Execução Civil, 7.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, 406).

Ora, parece ser inequívoco que o denunciante se valeu do seu direito de demandar a impugnação do certame justamente por vislumbrar que sem o seu exercício, por meio do processo, a pretensão não poderia ser satisfeita.

Parece razoável supor a existência do interesse de agir dos denunciante, bem como da viabilidade de sua demanda, porquanto indispensável ao atingimento do seu objetivo.

Assim, os denunciante trouxeram aos autos os esclarecimentos que lhes aprouveram e que foram, posteriormente, examinados pela unidade técnica, que concluiu pela existência de indícios de irregularidades bastantes e suficientes para o acolhimento da denúncia.

Como reforço, em contra-argumento à tese preliminar arguida pelos defendentes (de que não haveria o interesse de agir), há quem afirme que o exame de qualquer das condições da ação deve ser feito à luz das alegações do autor tão somente. Nesse sentido, a lição do jurista José de Albuquerque rocha²:

(...) a legitimidade para agir é estabelecida em função da situação jurídica afirmada no processo e não da situação jurídica concreta, real, existente,

² ROCHA, José de Albuquerque. Teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 146 e 148.

coisa que só pode aparecer na sentença. (...). O interesse de agir, da mesma forma como a legitimidade para agir, é avaliado com base nas afirmações do autor. E dizemos isto justamente porque a afirmação do autor de que a situação jurídica foi violada ou está ameaçada de violação é a realidade objetiva de que o juiz dispõe para verificar, desde logo, se há ou não interesse de agir e, em consequência, admitir ou não a ação. De maneira que, se o autor afirma que a situação jurídica foi violada ou está ameaçada de violação, justificado está o seu interesse de agir, ou seja, justificada está a necessidade de proteção jurisdicional do Estado, vez que não poderá, com as suas próprias forças, tutelar essa situação jurídica proibida, como é a justiça privada.

Em relação à informação, ainda em sede de preliminar, de que a Denúncia *sub examine* também já foi objeto da Notícia de Fato n. MPMG-0317.23.000006-7 na 06ª Promotoria de Justiça de Itabira, deve ser ressaltado que os inquérito/procedimentos investigativos no Ministério Público ou eventuais ações *sub judice*, arquivados ou em andamento, não possuem o condão de vincular as decisões desta Corte de Contas, mesmo se houver completa similaridade entre os objetos representados/denunciados, vez que, sendo um Órgão de Controle Externo, este Tribunal de Contas de Minas Gerais possui autonomia constitucional para a fiscalização das matérias de sua competência.

Com efeito, no exercício de suas competências constitucionais, os tribunais de contas possuem independência para a apreciação do mérito das matérias que lhes sejam submetidas. Nesse sentido, vale transcrever excerto do voto do Conselheiro Wanderley Ávila, relator da Representação n. 1.015.819, na 19ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, em 08/10/2020, bastante elucidativo em relação ao tema abordado:

II.1.3. Encerramento das Representações diante do arquivamento do Inquérito Civil nº MPMG-0043.14.000051-4

(...)

Não obstante, em razão da independência entre as instâncias, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, “[...] o processo, nesta Corte, não se sujeita ao pressuposto de haver prévia definição sobre o fato na esfera judicial”, salvo quando a decisão na referida esfera estiver relacionada ao reconhecimento da inexistência do fato ou negativa de autoria.

Assim, apesar da existência do inquérito civil apontado, vale ressaltar que o Tribunal de Contas, cuja competência encontra-se constitucionalmente prevista, utiliza sua estrutura multidisciplinar para analisar as questões contidas nos autos não somente sob os aspectos legais e formais, mas também quanto à eficiência, economicidade, oportunidade, legitimidade, razoabilidade e efetividade.

Neste sentido, transcrevo decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 25880/DF, da Relatoria do Ministro Eros Grau, publicado no DJ em 16/03/2007:

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART.71, II, DA

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA
LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL.
VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI
8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO
DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO
DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA
TOMADA DE CONTAS ESPECIAL.
IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS
INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA.
QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.
IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.

(...)

4- O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.

(...)

Além disso, o Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a independência das instâncias, nos termos do Acórdão nº 115/2018 da Segunda Câmara, de relatoria da Ministra Ana Arraes, verbis:

Acórdão 115/2018 Segunda Câmara (Recurso de Reconsideração, Relatora Ministra Ana Arraes) Direito Processual. Princípio da independência das instâncias. Princípio do non bis in idem. Ressarcimento ao erário. Processo judicial. Litispendência.

Diante do exposto, **entendo que esta Casa, no exercício de suas competências constitucionais, possui independência para a apreciação do mérito das matérias que lhes sejam submetidas e a existência de processos no Poder Judiciário e no TCEMG com o mesmo objeto não caracteriza repetição de sanção sobre mesmo fato (bis in idem), nem litispendência**, cabendo-nos frisar, por fim, que eventual risco deve ser mitigado apenas na fase de execução das decisões proferidas pelas Cortes de Contas e pelo Poder Judiciário, buscando-se evitar, dessa forma, eventual enriquecimento ilícito do erário.

Pelo exposto, **dou por improcedente o pedido dos Representados de afastamento de suas responsabilidades, em face da decisão do MPMG no 0043.14.00005-4.** (grifo nosso)

Desse modo, esta Unidade Técnica considera que não merece acolhida o entendimento desposado pela defesa de que o arquivamento do feito no órgão ministerial

estadual comprovaria a inexistência de indícios das irregularidades apontadas nos presentes autos.

Quanto ao mérito, as justificativas apresentadas na petição de defesa reproduzem, na íntegra, os mesmos argumentos presentes na peça de esclarecimentos (arquivo “1-RESPOSTA TCEMG PROC 1135507”, peça 20), tendo se referido, ambas as peças, ao exame técnico de peça 8.

Compulsando os autos, verifica-se que os defendentes não acrescentaram nada de inovador na peça de defesa em relação à manifestação anterior. Não houve, ainda, no interregno temporal entre as duas manifestações, nenhuma alteração no ordenamento jurídico tendente a modificar o entendimento da matéria.

As argumentações dos defendentes partem da premissa de que o guerreado edital exige em sua cláusula 7.1.1.2 o detalhamento, pela empresa candidata, dos custos envolvidos na proposta, dentre eles os valores de diárias e horas extras, a despeito de tais valores serem pré-determinados e inalteráveis, sob pena de desclassificação da licitante que descumprir a obrigação de detalhá-los (cláusula 9.1.11.1 do edital).

Entretanto, a controvérsia levantada pelos denunciante – de que tais valores estariam implícitos nos valores prefixados pela Câmara e foram provisionados por todas as candidatas³ – foi exaustivamente discutida no exame técnico realizado pela 1ª CFE (peça 8), que, ao final, considerou procedente a impugnação.

Segundo o referido Órgão Técnico, o acolhimento das razões de denúncia se deu em respeito aos princípios da competitividade, da instrumentalidade do processo e do formalismo moderado, mesmo tendo admitido, em exame literal das cláusulas editalícias, que, de fato, as licitantes descumpriram exigências previstas naquele instrumento convocatório.

A aludida Unidade Técnica, em juízo perfunctório, reconheceu que a Câmara se equivocou ao prever no edital, de forma não muito clara ou expressa, a necessidade de apresentação de planilhas específicas de composição de preços constando valores de horas extras e diárias. Além disso, concluiu que houve “uma interpretação equivocada, porém razoável, acerca de cláusulas editalícias não muito claras ou expressas”.

Por outro lado, mesmo tendo considerado “justificável” o equívoco editalício, o relatório técnico destaca que seria irrazoável desclassificar os concorrentes que não preencheram a totalidade dos campos das indigitadas planilhas, já que não haveria prejuízo na obtenção dos preços finais. Isto porque os valores de horas extras e diárias, embora contingenciáveis (risco futuro e incerto), foram previamente determinados no instrumento convocatório. Assim, ao não diligenciar para esclarecer a questão, a Pregoeira, na contramão do parecer da Procuradoria Jurídica da Câmara Municipal, arriscou-se a reduzir a competitividade do certame.

Em relação ao tema, a 1ª CFE assim se pronunciou ao pugnar pela suspensão liminar do certame fundado em eventual prejuízo à competitividade:

³ R\$ 11.111,11 para as diárias de viagem e R\$ 73.546,51 para as horas extras.

O perigo na demora, a seu turno, também é perceptível no presente caso, porquanto, com a desclassificação sumária do Denunciante e outros concorrentes, ainda antes da fase de lances, a Administração Pública reduziu drasticamente a competitividade do certame, o que, por consequência, reduziu consideravelmente a probabilidade de obtenção de uma melhor proposta, fim maior das licitações públicas. Com isso, eventual homologação do pregão e adjudicação do objeto à empresa vencedora, com a celebração do contrato, poderá gerar consequências de difícil reparação, fazendo-se mister a suspensão imediata do certame até a análise final do mérito deste processo ou se verificado não subsistirem mais os elementos fáticos e/ou jurídicos autorizadores, sob os quais a medida liminar se fez necessária.

Confira-se o inteiro teor do item “2.1.3 - Análise do apontamento” da mencionada análise técnica:

Compulsando o Edital de Pregão Presencial nº. 10/2022, nota-se de seu **item 5.** a indicação dos documentos e informações que devem constar da proposta comercial das empresas participantes do certame. Vejamos:

5.1. As propostas comerciais deverão ser datilografadas/digitadas e impressas, em uma via, com suas páginas numeradas e rubricadas, e a última assinada pelo representante legal da empresa, sem emendas, acréscimos, borrões, rasuras, ressalvas, entrelinhas ou omissões, em papel timbrado da empresa licitante, **devendo utilizar-se do modelo indicado no ANEXO II – Proposta de Preços e seus Anexos (II-A, II-B, II-C e II-D) do Edital**, sem cotações alternativas ou imposição de condições ou opções, emendas, rasuras ou entrelinhas.(grifo original)

Adiante, no **subitem 5.2.**, temos que:

Nos valores propostos e nos lances que vier a fornecer, já deverão estar inclusos todos os custos necessários para a prestação dos serviços objeto da presente licitação, tais como os referentes à categoria profissional, custos operacionais, encargos previdenciários, trabalhistas, tributários, fiscais, comerciais, taxas, seguros, deslocamentos de pessoal, transporte, treinamento, garantia e quaisquer outros que incidam direta ou indiretamente na prestação dos serviços, ou que venham a incidir, **apurados mediante o preenchimento do Anexo II e ss deste Edital - Planilha de Custos e Formação de Preços.** (grifo original)

No subitem 5.12., são indicadas as declarações e anexos que deverão acompanhar a proposta financeira:

5.12.1. **DECLARAÇÃO DA LICITANTE** de que no valor proposto estejam incluídos todos os custos, diretos e indiretos, para perfeita prestação dos serviços – ANEXO II.

5.12.2. Demais ANEXOS: II-A (Modelo da Proposta); II-B (Planilha de Custos e Formação de Preços); II-C – Composição da Taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI; II – D (Uniformes e Seguro de Vida) e, também, os Anexos XI e XIII.

Observa-se, portanto, que a proposta comercial da empresa interessada deverá conter inúmeros documentos e informação atinentes às questões financeiras, tais como os custos e formações de preços, bonificações e despesas indiretas.

É mister consignar que serviços desta espécie, de prestação continuada com mão-de-obra exclusiva para diversas e distintas atividades, possuem, intrinsecamente, um maior grau de complexidade em razão dos inúmeros elementos e variáveis de cunho trabalhista, financeiro, tributário, jurídico, fiscal, a eles pertinentes, considerando-se, ainda, que sua vigência costuma a se prolongar por vários anos e sua execução é perene e contínua em razão da própria natureza.

Feita essa breve digressão, constata-se que o referido ANEXO II contém o modelo de 'Proposta de Preços', subdividido da seguinte maneira: Anexo II-A (Modelo da Proposta; Anexo II-B (Modelo da Planilha de Custos e da Formação de Preços); II-C (Composição da Taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI); e, II-D (Uniformes e Seguro de Vida).

Na Ata de Sessão da Licitação, lavrada em 13/07/2021, a pregoeira responsável justificou a desclassificação em razão da ausência das referidas **planilhas de horas extras e diárias** com as seguintes alegações:

Não obstante tenham as propostas das licitantes sido muito bem elaboradas e que, no entendimento do TCU, as planilhas de custos possuam caráter subsidiário, no presente caso, a cláusula 9.12 do Edital previu de forma expressa e clara a vedação a realização de alterações na Planilha de Custos e Formação de Preços nos itens de Composição da Remuneração, Encargos Sociais e Insumos, bem como Diárias e Horas Extras sob pena de desclassificação, com exceção do RAT/SAT, e **mediante os esclarecimentos às licitantes, liberado juntamente com o edital**, em busca de um critério objetivo no julgamento das propostas, os valores provisionais de diárias de viagem e horas extras são fixos, ou seja, todas as licitantes deveriam apresentar os mesmos valores, respectivamente, R\$ 11.111,11 (onze mil cento e onze reais e onze centavos) e R\$ 73.546,61 (setenta e três mil quinhentos e quarenta e seis reais e sessenta e um centavos), conforme item abaixo dos Esclarecimentos às Licitantes.

A citada **cláusula 9.1.12.** do instrumento convocatório assim dispõe:

9.1.12. É vedado ao licitante efetuar alteração na Planilha de Custos e Formação de Preços (Anexo I-A e ss) nos itens de Composição da Remuneração, Encargos Sociais e Insumos, bem como Diárias e Horas Extras sob pena de desclassificação, com exceção do SAT – Seguro de Acidente do Trabalho, conforme redação do subitem 9.12.1.

Na cláusula anterior, a seu turno, é explicitado o seguinte:

9.1.11.1. será inabilitada a licitante que deixar de apresentar quaisquer dos documentos exigidos no envelope “DOCUMENTAÇÃO”, ou os apresentar em desacordo com o estabelecido neste Edital, ou, ainda, os apresentar com irregularidades, não se admitindo complementação posterior, salvo em se tratando de microempresa ou empresa de pequeno porte, caso em que se observarão as disposições dos subitens 9.1.16 e 9.1.17.

Conforme se nota da própria declaração da pregoeira, a denunciante e demais concorrentes provisionaram adequadamente os valores atinentes às horas extras e diárias, nos valores fixados pelo próprio órgão gestor da licitação. Ademais, tratam-se de provisões, ou seja, quantias a serem reservadas para fins de arcar com eventuais custos referentes a **horas extras e/ou diárias**, portanto, situações incertas e imprevisíveis.

Ademais, em juízo perfunctório, constata-se que o “erro” que ensejou na desclassificação destas empresas parece se tratar de uma interpretação equivocada, porém razoável, acerca de cláusulas editalícias não muito claras ou expressas acerca da necessidade de apresentação de planilhas específicas de composição de preços constando valores de **horas extras e diárias**. Tratando-se de erro, em nossa análise preliminar, justificável.

É digno de destaque que as licitações públicas devem observância a diversos princípios que norteiam o processo de seleção dos fornecedores, o planejamento, a interpretação de suas cláusulas e também os atos decisórios e executivos. Nesse sentido, tratando-se de princípios, normas de caráter aberto, são impassíveis de serem aplicadas **no tudo ou nada**, cabendo, portanto, ponderação e sopesamento, especialmente quando numa situação de conflito de princípios.

Assim, temos como um dos princípios gerais do processo, aplicado com especial atenção nos processos licitatórios, o **formalismo moderado**, que visa dar uma maior flexibilidade às interpretações rigorosas e restritivas do **formalismo estrito**, considerando-se a razoabilidade e proporcionalidade, bem como a instrumentalidade do processo licitatório para fins de satisfação do melhor interesse público, com a obtenção da proposta mais vantajosa.

Nesse sentido, o STJ já se manifestou ditando que **a interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta.**

Rafael Carvalho leciona que a **correção de falhas pode ocorrer em relação a qualquer ato praticado no certame, mas deve ser utilizado com parcimônia, em estrita observância dos princípios da isonomia, da razoabilidade e da boa-fé, entre outros.** Com isso, o autor destaca que o excesso de formalismo pode gerar diversos efeitos indesejados e deletérios à própria Administração Pública, tais como:

pagamento de **preços elevados** ou superiores ao ideal, **morosidade** e, em decorrência, contratações **antieconômicas**.

Destarte, esta Unidade Técnica entende, no contexto da presente análise preliminar e considerando-se exclusivamente os elementos de informação até então presentes nos autos, que ausentes a má-fé da denunciante ao não apresentar a citada planilha, bem como a razoabilidade de diligenciamento, por parte da pregoeira, a fim de complementar as informações faltantes, porquanto, em nosso juízo de caráter perfunctório deste pedido de medida acautelatória, o instrumento convocatório não deixa clara a necessidade da inclusão de citada planilha de custos contingenciáveis de **horas extras e diárias** no envelope da proposta comercial.

De mais a mais, foi declarado pela própria pregoeira que as empresas provisionaram os mesmos valores indicados em edital para as **horas extras e diárias** para a composição dos preços dos serviços, de modo que, ao que parece, não haveria nenhuma afetação material no preço global das ofertas iniciais, quando mais se estamos falando de mero **provisionamento de valores contingenciáveis** (risco futuro e incerto), não alterando-se, portanto, a **substância** das propostas.

Nessa senda, o Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre questão semelhante, através do Plenário no âmbito da Representação TC-022.573/2010-0, onde firmou que as regras do processo licitatório devem se constituir meios para o alcance dos objetivos almejados com o certame e não um fim em si mesmo.

No Acórdão n. 1211/2021-P, órgão federal de controle externo manifestou-se pela possibilidade de inclusão de **documentos que não afetassem a substância das propostas**:

Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações

(Lei 14.133/2021), NÃO ALCANÇA documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (destaques nossos)

Rezende, em sentido convergente, ensina que ⁴:

o princípio do procedimento formal não significa excesso de formalismo. Não se pode perder de vista que a licitação é um procedimento instrumental que tem por objetivo uma finalidade específica: celebração do contrato com o licitante que apresentou a melhor proposta. Por esta razão, a legislação tem flexibilizado algumas exigências formais, que não colocam em risco a isonomia, com o intuito de garantir maior competitividade.

Em paralelo, o rigor na desclassificação sumária, antes mesmo da etapa de lances contínuo, lastreada em uma exigência documental cuja previsão editalícia é questionável, tem como efeito direto a restrição irrazoável à **ampla competitividade** do certame, com a exclusão de competidores experientes e munidos de boa-fé, refletindo-se na redução da probabilidade de obtenção da proposta mais vantajosa ao próprio órgão público interessado.

Nessa toada, busca-se prestigiar o **princípio da competitividade**, que tem como uma de suas funções servir como norte interpretativo das cláusulas editalícias, buscando-se com isso a ampliação do universo de competidores e, inexoravelmente, aumentando-se a probabilidade de obtenção de uma proposta mais vantajosa (quantitativa e qualitativamente), quando mais se estamos a tratar de um contrato de grande vulto e que tenderá a vigor por prazo prolongado, através de sucessivas prorrogações e nos limites da lei, por sua própria natureza.

Nesses termos, conclui-se que a alegada observância estrita aos termos do edital (ponto passível de questionamento), através de um excessivo formalismo, apresenta-se como um critério que, analisado sistematicamente e sopesado com os demais valores e princípios regentes dos procedimentos licitatórios, apresenta-se irrazoável e desproporcional em relação à situação posta e suas peculiaridades.

Como dito, a alegada irregularidade indicada pela pregoeira acarretou em considerável prejuízo à **competitividade** do certame, ainda em etapa anterior à própria disputa de preços (fase de lances), sem que houvesse, no entendimento preliminar desta Unidade Técnica, prejuízo material às propostas das licitantes desclassificadas, porquanto nelas já realizado o provisionamento dos mesmos valores indicados em edital para **as horas**

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. 2020.

extras e diárias para fins de composição dos preços do serviço, que, repise-se, tratam-se de valores de **caráter contingencial** (fortuito).

Seguindo, no que concerne ao procedimento de análise das propostas de valor, classificação e lances verbais, entendemos que as cláusulas 9.1.3. e 9.1.9. parecem ser conflitantes entre si. Vejamos:

9.1.3. Serão abertos os envelopes contendo as Propostas de Preços, cujos documentos serão lidos, conferidos e rubricados pela Pregoeira e pelos participantes que o desejarem, ou aquele eleito pelos licitantes para este fim, ocasião em que se verificará sua conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, **com exceção do preço, desclassificando-se as desconformes ou incompatíveis.**

9.1.9. Declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, segundo o critério do MENOR PREÇO, obtido pelo VALOR GLOBAL (de acordo com o Anexo II), a Pregoeira examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito.

Ao que parece, a cláusula 9.1.3. prevê que a análise da aceitabilidade das propostas de preços será realizada antes da ordenação (menor para o maior preço). Contudo, a cláusula 9.1.9. parece estatuir o oposto, ou seja, a avaliação da aceitabilidade das propostas será realizada **somente após a classificação, subsequente à etapa competitiva e ordenação das propostas.**

A Denunciante também informou que a própria Procuradoria Jurídica da Câmara Municipal, em sede de parecer técnico ⁵, recomendou a **classificação de todas as licitantes**, o que viria a corroborar o entendimento preliminar desta Unidade e, concomitantemente, infirmar a decisão tomada pela pregoeira com a assistência de sua equipe de apoio que ensejou na desclassificação das empresas citadas ⁶.

Pelos elementos carreados aos autos, a denunciante e outras concorrentes foram desclassificadas sumariamente, antes ainda da etapa competitiva, o que, conforme expomos alhures, prejudicou a **competitividade** do certame licitatório em busca da melhor proposta, contrariando a cláusula 9.1.9. do próprio Edital. Diante dessas considerações, entende esta Unidade Técnica que o procedimento adotado foi prejudicial aos fins da licitação pública, qual seja, a obtenção da melhor proposta. (grifos originais)

Perceba-se que a nota de rodapé n. 6 do exame cautelar, acima transcrito, ressalta que o parecer jurídico mencionado pela pregoeira na “Ata Análise Propostas – Classificação” (arquivo 13, peça 20) não fazia parte dos autos à época da análise técnica de

⁵ Citado parecer jurídico não consta dos autos, havendo apenas remissão a ele em documento lavrado pela pregoeira e equipe de apoio (Ata Análise Propostas – Classificação).

⁶ Ressalta-se que o parecer jurídico não possui, em regra, natureza vinculativa, podendo o gestor público decidir em sentido diverso da opinião do órgão de assessoramento jurídico, recomendando-se a adequada fundamentação com as razões que o levaram a entender de maneira distinta.

peça 8, entretanto o referido parecer já constava da Denúncia n. 1.135.522, apensada posteriormente.

O Parecer n. 137/2022/PJ/CMI, não examinado na elaboração da análise técnica inicial, pode ser visto, na íntegra, na peça 9 da denúncia em apenso, cujo teor corrobora o entendimento da 1ª CFE. Senão, vejamos:

III- Conclusão

Não se mostra razoável desclassificar qualquer uma das licitantes em decorrência dos apontamentos constantes na ata de abertura e julgamento por afronta, sobretudo, à ampla competitividade.

Dessa forma, à luz dos princípios constitucionais e balizadores das contratações públicas, opina-se pela classificação de todas as licitantes.

Nesse ponto, vale transcrever os demais trechos do parecer da Procuradoria Jurídica da CMI (mencionados em sua conclusão) que remetem aos apontamentos (constantes na ata de abertura e julgamento) ora analisados:

c) A licitante ARCOLIMP, segundo apontamento feito pela empresa THV, não teria apresentado as planilhas de horas extra e diárias de viagem. O mesmo ocorreu para com a empresa AGILE.

Tal afirmativa não merece acolhimento, a nosso ver, pois o conteúdo relativo aos itens apontados está presente no seu preço final, de modo que se mostra desmedido desclassificar a licitante à luz do princípio da razoabilidade.

(...)

f) A licitante SERGAME apontou, ainda, que a empresa THV SANEAMENTO teria alterado a planilha das diárias, o que seria vedado pelo edital.

Primeiramente, cumpre destacar que a cláusula 9.12 do Edital prevê que:

“É vedado ao licitante efetuar alteração na planilha de Custos e Formação de Preços nos itens de Composição da Remuneração, Encargos Sociais e Insumos, bem como Diárias e Horas Extras sob pena de desclassificação, com exceção do SAT”.

Além disso, a cláusula 11.3 é de suma importância:

“Os casos omissos serão decididos pela pregoeira em conformidade com as disposições constantes nas leis, decretos e jurisprudências vigentes e aplicáveis a esta modalidade de licitação”.

Fato é que existem inúmeras controvérsias acerca das planilhas de composição de preço, o que leva os licitantes, invariavelmente, a questionamentos objetivando afastar seus concorrentes pelas mais variadas razões, muitas vezes minimalistas.

Um exemplo recente da controvérsia é o caso da Representação TC 004.030/2020-6, originada de processo licitatório de modalidade pregão, ao qual foi imputada irregularidades, por desclassificações indevidas de diversos concorrentes, o que prejudicou frontalmente a competitividade do certame.

Na sessão de 4/3/2020, o Plenário da Corte de Contas, por intermédio do acórdão 424/2020-TCU - ratificou a medida cautelar que já havia suspenso a mencionada decisão desclassificatória, reafirmando o entendimento acerca do caráter subsidiário e instrumental das planilhas, de modo a afastar o exagerado formalismo em sua análise.

No referido acórdão, foi reafirmado que as planilhas de composição de custos unitários possuem caráter instrumental e subsidiário e que eventuais erros, incluindo

a cotação de lucro zero ou negativo, não são apto a excluir propostas em procedimentos licitatórios que adotem o critério de menor preço global.

Diante disso, entendemos que a imutabilidade das planilhas se dá apenas quanto aos quantitativos previstos no Edital. Frisa-se que, em certames de mão de obra, os únicos itens passíveis de alteração são o "SAT" (Seguro de Acidente de Trabalho), BDI e ajuste de PIS/COFINS¹, portanto, todas as licitantes apresentaram suas planilhas respeitando essa regra.

Assim, de todo o exposto, esta Coordenadoria entende que a Pregoeira da Câmara Municipal de Itabira e sua equipe de apoio se valeram de extremo rigor e excesso de formalismo ao não diligenciar a fim de complementar informações faltantes, a despeito de parecer jurídico da própria Câmara nesse sentido, sujeitando a Administração ao risco de escolha de proposta menos vantajosa ao interesse público.

Esta Unidade Técnica considera, ainda, que os defendentes não trouxeram aos autos nada de novo tendente a alterar a análise inicial, razão pela qual se manifesta pelo não acolhimento das alegações de defesa e pela ratificação da análise técnica anterior nos exatos termos exarados à peça 8.

III – Conclusão

Diante do exposto, manifesta-se esta Unidade Técnica pela rejeição das alegações de defesa apresentadas pelo Sr. Adoniran Pascoal de Souza e pelas Sras. Vera Regina Soares Camilo Guimarães de Oliveira, Camila da Silva Coelho Alves, Josenilda Rosilene de Araújo Liberato e Solange Soares Carvalho, opinando pela **procedência** da denúncia no que se refere ao seguinte apontamento:

- **Da irregularidade na desclassificação das denunciantes e demais licitantes em razão da não apresentação de planilha específica de horas extras e diárias, em violação aos princípios da competitividade, da instrumentalidade do processo e do formalismo moderado.**

Em decorrência, esta Unidade Técnica manifesta-se pela aplicação de multa aos responsáveis acima nominados, em razão das irregularidades apontadas, nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008 (Lei Orgânica do TCEMG).

Submete-se o presente relatório à consideração superior.

2ª CFM/DCEM, em 19 de dezembro de 2023.

José Cupertino de Oliveira Silveira
Analista de Controle Externo
TC 1508-1