

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

PRÓCESSO: 1148563

NATUREZA: DENÚNCIA

JURISDICIONADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE OURO BRANCO

SIGNATÁRIOS DA PEÇA DE DEFESA: MEMBROS DA COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO DO MUNICÍPIO DE OURO BRANCO

MÁRCIA BEATRIZ SOUZA MARTINS RODRIGUES, KARINA EVARISTO FERNANDES DE CASTRO, MONALISA MORAES BARBOSA CHAVES, RAFAELA CRISTINA DE OLIVEIRA SILVA, PAULA HELENA DE SOUZA E MATOS, JACQUELINE VERSIANI SANTOS XAVIER, ELISA CARVALHO BORGES, KAREN DA NEIVA SANTOS, MARCELA CRISTINA VIEIRA PEREIRA e DANIEL SANTANA SOARES, já qualificados nos autos, na qualidade de **Membros da Comissão de Contratação do Município de Ouro Branco**, vêm respeitosamente diante de V. Exa. apresentar, nos termos do art. 151, §1º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, a presente peça de **DEFESA** à denúncia apresentada por A CONSULTORIA LTDA. e ao aditamento à denúncia apresentada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, conforme fatos e fundamentos que se seguem adiante.

1. RESUMO DO PROCESSO

1.1. A empresa A Consultoria Ltda. denunciou supostas irregularidades no Processo Licitatório nº. 084/2023, Concorrência Eletrônica nº. 001/2023, promovido pela Prefeitura Municipal de Ouro Branco, cujo objetivo era contratar serviços de assessoria e consultoria para a Secretaria Municipal de Educação. A denúncia alegava que a escolha da modalidade de licitação "concorrência" e do critério de julgamento "técnica e preço" não estava devidamente justificada.

1.2. O relator do processo determinou a intimação do Prefeito de Ouro Branco e da Secretária Municipal de Educação para apresentarem documentos e justificativas relacionadas às alegações da empresa denunciante. Os responsáveis enviaram a documentação referente às fases interna e externa do processo licitatório.

1.3. Após análise, o relator considerou improcedente o pleito liminar, encaminhando os autos para exame inicial e manifestação preliminar do Ministério Público de Contas. A Unidade Técnica concluiu que a justificativa para a modalidade e critério de julgamento da licitação estava razoável, porém, apontou irregularidades na avaliação das propostas

técnicas, pois não foram exigidos critérios relacionados à metodologia de trabalho das empresas licitantes.

1.4. O Ministério Público de Contas acrescentou à denúncia a ausência de critérios para reajuste de preços, conforme exigido pela Lei nº 14.133/2021, solicitando, o aditamento do processo para incluir essa irregularidade e citar os responsáveis para apresentarem defesa.

2. DEFESA DE MÉRITO

2.1. Inadequação do Critério de Julgamento Técnica e Preço

A- Ilegitimidade dos membros da equipe de contratação para figurarem no polo passivo. Segregação das funções e das responsabilidades. Critério de julgamento escolhido e motivado na fase interna do certame. Art. 5º, §5º, do Decreto Municipal nº 10.827/2023 afasta a responsabilidade dos membros da equipe de contratação pelos atos praticados na fase interna do certame.

2.1.1. Preliminarmente, cumpre ressaltar que os denunciados signatários desta peça de defesa, enquanto membros da comissão de contratação, não deveriam ser apontados como responsáveis pela suposta irregularidade referente à inadequação do critério de julgamento técnica e preço.

2.1.2. Isso se deve ao fato de que a escolha pelo critério de julgamento se deu na fase interna do processo licitatório, por ocasião da elaboração do estudo técnico preliminar e do termo de referência. À comissão de contratação coube apenas analisar se os documentos da fase interna estavam devidamente motivados e elaborar a minuta de edital, contrato e demais anexos.

2.1.3. A Lei 14.133/2021 estabeleceu o princípio da segregação das funções (art. 5º), de modo a determinar que servidores distintos atuem em distintas fases do processo, evitando erros e concentração de poder de decisão. Como corolário da segregação das funções, temos a individualização das responsabilidades, na medida em que, ao fiscalizar os atos administrativos praticados nos processos licitatórios, os órgãos de controle deverão individualizar as condutas, responsabilizando os agentes na medida das suas atuações.

2.1.4. Além disso, o art. 5º, §5º, do Decreto Municipal nº 10.827/2023, ao regulamentar as atribuições dos agentes de contratação e da comissão de contratação do município de Ouro Branco, dispõe que os conteúdos do ETP e do TR são de responsabilidade exclusiva dos seus signatários:

4
f. m. p. s. e. o.
c. Oliveira

§5º Ressalvados os casos comprovados de dolo ou conluio, não responderá a comissão de contratação pelos atos praticados por outros agentes públicos, especialmente no que diz respeito à elaboração de estudo técnico preliminar, termo de referência, orçamento estimativo, bem como qualquer ato, decisão ou parecer técnico elaborados por outros agentes ou autoridades.

2.1.5. Portanto, uma vez sendo o critério de julgamento escolhido e motivado na fase interna da licitação e não cabendo à comissão de contratação a responsabilidade pelo seu conteúdo, nos termos do art. 5º, §5º, do Decreto Municipal nº 10.827/2023, e, aplicando o princípio da segregação das funções e individualização das responsabilidades, deverão os signatários desta defesa serem excluídos do rol de responsáveis pelo apontamento referente à suposta inadequação do critério de julgamento técnica e preço, sendo julgada improcedente a denúncia contra si.

2.1.6. No entanto, caso assim não entenda V. Elas., tendo em vista o princípio da eventualidade, ainda assim não procedem os argumentos apontados pela denunciante, bem como pela unidade técnica, senão vejamos o porquê.

B- Ausência de irregularidade na adoção do critério de julgamento "técnica e preço". Motivação da escolha do critério de julgamento e dos critérios de pontuação técnica. Não obrigatoriedade de se analisar a metodologia de trabalho das licitantes. Nova Lei de Licitações e Contratos é recente e carece de interpretação pela doutrina e jurisprudência.

2.1.7. A denunciante sustenta que o uso da Concorrência Eletrônica e do critério de avaliação de Técnica e Preço teriam restringido a competição na licitação, expressando assim sua insatisfação com a atuação deste Tribunal.

2.1.8. Quanto à argumentação, é digno de nota que a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL, concluiu claramente que "a escolha da modalidade Concorrência e do critério "técnica e preço" pela Administração foi devidamente motivada no edital".

2.1.9. Essa conclusão foi alcançada principalmente devido à complexidade técnica envolvida na concepção, supervisão e realização dos programas educacionais, exigindo profissionais qualificados e experientes. Os manuais do MEC e do FNDE - mencionados pela denunciante como justificativa para a suposta irregularidade dos serviços - são apenas referências, não regras rígidas, uma vez que cada município tem suas próprias necessidades que exigem sensibilidade e adaptação por parte do provedor de serviços. Essa flexibilidade é comum em consultorias em geral.

2.1.10. Um aspecto relevante, considerado pela CFEL, é que a Administração Municipal de Ouro Branco, de maneira proativa e visando o interesse público, optou pelo critério de técnica e preço para evitar problemas anteriores, quando, ao usar o Pregão para

contratar serviços semelhantes (Pregão Presencial n. 5/2021), enfrentou dificuldades com um provedor de serviços inadequado, que, por coincidência, é o denunciante deste processo.

2.1.11. Assim, não há dúvida de que a escolha da modalidade de licitação e do critério de avaliação foi devidamente justificada nos autos, em busca do interesse público e da melhor prestação de serviços para o município e sua população.

2.1.12. No entanto, apesar de concordar com o critério de julgamento adotado, a área técnica concluiu que os critérios de pontuação técnica adotados seriam irregulares, por não prever a avaliação da metodologia de trabalho das licitantes:

Assim, entende-se que a avaliação das propostas técnicas, conforme disposta no edital, não obedeceu aos comandos da nova lei. Não foi exigido das licitantes a demonstração dos métodos e programas de trabalho a serem utilizados, no intuito de trazer a segurança na prestação do objeto, tão almejada pela Administração. Uma vez que os responsáveis alegam que a prestação do contrato anterior não foi eficaz, deveria ter disposto os critérios adequados para o alcance da eficácia do objeto quando das características exigidas na proposta técnica. Os requisitos estabelecidos para avaliação das propostas técnicas, acabam por não justificar a adoção do tipo técnica e preço em detrimento do tipo pregão no presente caso.

2.1.13. Apesar da opinião respeitável expressa, é importante esclarecer que, como mencionado, um dos principais problemas da contratação anterior via Pregão foi a falta de competência técnica dos prestadores de serviços diretos ao município. A falta de conhecimento dos profissionais da prestadora de serviços sobre os assuntos nos quais deveriam prestar consultoria ao município era evidente e prejudicava a entrega adequada dos resultados.

2.1.14. Portanto, os critérios técnicos adotados visavam valorizar a capacitação dos prestadores de serviços e garantir um nível de conhecimento adequado. Assim, a atuação do município e de seus servidores teve como objetivo principal garantir a melhor prestação de serviços pelo melhor preço possível.

2.1.15. Em contraste com a análise técnica, os critérios adotados são perfeitamente adequados para alcançar a eficácia do objeto, considerando as características exigidas na proposta técnica. Isso é evidenciado pela experiência negativa enfrentada pelos servidores municipais com um prestador de serviços inadequado (vencedor do Pregão Presencial n. 5/2021), demonstrando uma postura proativa e protetora em relação ao interesse público municipal.

2.1.16. Importante ressaltar, também, que a Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos) é recente e ainda carece de interpretação pela doutrina e jurisprudência.

[Handwritten signatures and initials in blue ink]

2.1.17. No entanto, nos parece mais correta, s.m.j., a interpretação do art. 37¹ no sentido de que o rol de critérios de análise da técnica e preços, apesar de taxativo, não é cumulativo. Isso porquê, caso assim o fosse, o *caput* do referido dispositivo deveria dispor expressamente a necessidade de inclusão de todos os itens previstos em seus respectivos incisos.

2.1.18. Interpretar de modo diverso o art. 37 exigiria dos órgãos públicos um julgamento de técnica e preço mais robusto, o que acarretaria em restrição à competitividade por excesso de exigência e abriria margens para a interpretação subjetiva da metodologia de trabalho.

2.1.19. Assim sendo, a Secretaria de Educação, ao motivar a escolha dos critérios de técnica e preço assim explicou no item 8.1 do Termo de Referência:

JUSTIFICATIVA: Os requisitos de pontuação técnica foram escolhidos de modo a valorizar a capacidade técnica da empresa e da equipe profissional, permitindo uma avaliação objetiva e compatível com as competências e habilidades necessárias para a execução do objeto contratado. A exigência mínima foi estabelecida exclusivamente em relação aos principais itens avaliados. A pontuação foi definida de modo a permitir uma maior flexibilidade avaliativa.

2.1.20. Deste modo, verifica-se que a área demandante optou por analisar apenas a capacidade técnica da empresa e da equipe profissional para permitir uma avaliação objetiva das competências e habilidades necessárias para a execução do contrato. A ausência de avaliação de metodologia de trabalho se deu para que o julgamento fosse o mais objetivo e claro possível, ampliando-se a competitividade e garantindo uma contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

2.1.21. Portanto, uma vez motivada a adoção do critério de julgamento "técnica e preço" e diante da justificativa apresentada para a utilização dos critérios de pontuação apenas em relação à capacidade técnica e da equipe de profissional da empresa, deve ser julgado improcedente a denúncia no que diz respeito a este apontamento.

¹ Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por: I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados; II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues; III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

2.2. Ausência de Previsão do Índice de Reajuste (Aditamento feito pelo MPC)

Ao contrário do apontado pelo Parquet de Contas, houve sim a previsão do índice de reajuste, conforme cláusula 06 da minuta de contrato, publicada como anexo ao edital, nos termos do art. 18, VI, da Lei 14.133/2021.

2.2.1. O Ministério Público de Contas apresentou aditamento à denúncia, aduzindo o seguinte o instrumento convocatório não indica índices de reajustamento, mesmo diante da previsão em seu termo de referência (p. 22, item 11) de que, por se tratar de serviços de natureza continuada, poderão ser prorrogados,, infringindo, dessa forma, o art. 25, §7º1 c/c art. 92, inciso V2, da Lei n. 14.133/2021.

2.2.2. No que se refere ao aditamento à denúncia feita pelo Ministério Público de Contas, sobre a suposta ausência de critérios para reajuste de preços, os denunciados informam que, ao contrário do apontado pelo *Parquet de Contas*, houve sim a previsão do índice de reajuste, conforme cláusula 06 da minuta de contrato, publicada como anexo ao edital:

6. CLÁUSULA SEXTA - REAJUSTE (art. 92, V)

6.1. Os preços inicialmente contratados são fixos e irreajustáveis no prazo de um ano contado da data do orçamento estimado, em __/__/__ (DD/MM/AAAA).

6.2. Após o interregno de um ano, e independentemente de pedido do Contratado, os preços iniciais serão reajustados, mediante a aplicação, pelo Contratante, do índice INPC, exclusivamente para as obrigações iniciadas e concluídas após a ocorrência da anualidade

6.3. Nos reajustes subsequentes ao primeiro, o interregno mínimo de um ano será contado a partir dos efeitos financeiros do último reajuste.

6.4. No caso de atraso ou não divulgação do(s) índice (s) de reajustamento, o Contratante pagará ao Contratado a importância calculada pela última variação conhecida, liquidando a diferença correspondente tão logo seja(m) divulgado(s) o(s) índice(s) definitivo(s).

6.5. Nas aferições finais, o(s) índice(s) utilizado(s) para reajuste será(ão), obrigatoriamente, o(s) definitivo(s).

6.6. Caso o(s) índice(s) estabelecido(s) para reajustamento venha(m) a ser extinto(s) ou de qualquer forma não possa(m) mais ser utilizado(s), será(ão) adotado(s), em substituição, o(s) que vier(em) a ser determinado(s) pela legislação então em vigor.

6.7. Na ausência de previsão legal quanto ao índice substituto, as partes elegerão novo índice oficial, para reajustamento do preço do valor remanescente, por meio de termo aditivo.

6.8. O reajuste será realizado por apostilamento.

2.2.3. Assim sendo, como a minuta de contrato integra o edital para todos os fins, nos termos do art. 18, VI, da Lei 14.133/2021, e, havendo a previsão para a utilização do índice INPC como índice de reajuste, além da definição clara dos critérios e procedimentos, deve ser julgado improcedente o aditamento à denúncia feito pelo MPC.

2.3. Dos Critérios para Aplicação de Eventuais Sanções Segundo a LINDB

Circunstâncias práticas que limitaram a atuação dos agentes públicos denunciados Natureza e a gravidade da suposta infração. Antecedentes dos denunciados. Ausência de dolo e erro grosseiro. Conversão de multa em recomendação. Arts. 22 e 28 da LINDB.

2.3.1. Caso Vossas Excelências ainda entendam pela existência das irregularidades apontadas e da responsabilidade dos denunciados signatários desta peça de defesa, ainda assim a sanção de multa não se mostra adequada à espécie, tendo em vista as circunstâncias objetivas e subjetivas que permeiam a espécie.

2.3.2. A Lei 13.655/2018 modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), trazendo as seguintes regras para os órgãos de fiscalização e controle:

*Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, **serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor** e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*

*§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.***

*§2º Na aplicação de sanções, serão consideradas **a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.***

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

[...]

*Art. 28. **O agente público responderá** pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de **dolo ou erro grosseiro.** (Grifo Nosso)*

2.3.3. Tratam-se de importantes normas limitadoras do poder de fiscalização do Estado sem, contudo, deixar de responsabilizar aqueles agentes públicos que, agindo com dolo ou erro grosseiro, cometer infração relevante e causar prejuízo à Administração Pública.

2.3.5. O Município de Ouro Branco atuou na vanguarda dos municípios brasileiros, regulamentando e aplicando a Nova Lei de Licitações em abril de 2023, observando o prazo originário previsto na Lei 14.133/2021, sem a necessidade de contar com a prorrogação da vigência estabelecida pela Medida Provisória nº 1.167/202. Contudo, a ausência de interpretação da doutrina e jurisprudência a respeito da NLLC foram obstáculos e dificuldades que, nas circunstâncias práticas, impuseram a atuação dos agentes públicos denunciados de forma limitada. Mesmo assim, todas as decisões foram devidamente motivadas no Estudo Técnico Preliminar e no Termo de Referência, demonstrando a preocupação dos denunciados na correta aplicação da lei.

2.3.7. Ademais, considerando o baixo valor da contratação (R\$2.499,00 por mês - R\$29.998,00 por ano), o processo poderia até ser realizado por dispensa por valor, nos termos do art. 75, II, da Lei 14.133/2021. No entanto, os agentes públicos envolvidos na contratação optaram por utilizar a Concorrência Eletrônica, no intuito de atrair mais empresas para o certame, visando a contratação de um serviço com qualidade e por um preço vantajoso.

2.3.9. Portanto, considerando as circunstâncias práticas que limitaram a atuação dos agentes públicos denunciados, a natureza e a gravidade da suposta infração, os antecedentes dos denunciados e a ausência de dolo e erro grosseiro, caso esta câmara conclua pela existência de irregularidade, a aplicação de multa deve ser afastada. Em vez disso, pode ser recomendado que as irregularidades apontadas sejam corrigidas nos próximos certames.

3.1. Diante de todo o exposto e conforme cristalinamente demonstrado, **REQUEREM** os denunciados MÁRCIA BEATRIZ SOUZA MARTINS RODRIGUES, KARINA EVARISTO FERNANDES DE CASTRO, MONALISA MORAES BARBOSA CHAVES, RAFAELA CRISTINA DE OLIVEIRA SILVA, PAULA HELENA DE SOUZA E MATOS, JACQUELINE VERSIANI SANTOS XAVIER, ELISA CARVALHO BORGES, KAREN DA NEIVA SANTOS, MARCELA CRISTINA VIEIRA PEREIRA e DANIEL SANTANA SOARES:

3.1.1. sejam os Membros da Comissão de Contratação do Município de Ouro Branco excluídos do rol de responsáveis pelo apontamento referente à suposta inadequação do critério de julgamento técnica e preço, sendo julgada improcedente a denúncia contra si, nos termos do art. 5º, §5º, do Decreto Municipal nº 10.827/2023;

3.1.2. caso eventualmente sejam os denunciados mantidos como responsáveis, requerem seja julgada improcedente a denúncia apresentada, bem como o aditamento à denúncia apresentada pelo Ministério Público de Contas, nos termos da fundamentação apresentada nesta peça de defesa;

3.1.3. por fim, na eventual hipótese de procedência total ou parcial da denúncia, requerem os denunciados seja afastada a aplicação da pena de multa, e, no seu lugar, seja feita recomendação, aplicando-se as regras previstas nos arts. 22 e 28 da LINDB.

Ouro Branco-MG, 31 de janeiro de 2024.


MÁRCIA BEATRIZ SOUZA MARTINS RODRIGUES


JACQUELINE VERSIANI SANTOS XAVIER


KARINA EVARISTO FERNANDES DE CASTRO


ELISA CARVALHO BORGES


MONALISA MORAES BARBOSA CHAVES


KAREN DA NEIVA SANTOS


RAFAELA CRISTINA DE OLIVEIRA SILVA


MARCELA CRISTINA VIEIRA PEREIRA


PAULA HELENA DE SOUZA E MATOS


DANIEL SANTANA SOARES