



PROCESSO Nº : 7.508-6/2019 (AUTOS DIGITAIS)
ASSUNTO : REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA INTERNA
UNIDADE : PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA OLÍMPIA
GESTOR : JOSÉ ELPÍDIO DE MORAES CAVALCANTE - PREFEITO
RELATOR : CONSELHEIRA SUBSTITUTA JAQUELINE JACOBSEN MARQUES

PARECER Nº 172/2020

EMENTA: REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA INTERNA. PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA OLÍMPIA. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO PRESENCIAL Nº 07/2019. DEFICIÊNCIAS NO TERMO DE REFERÊNCIA E EDITAL. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MANUTENÇÃO DA IRREGULARIDADE. ERRO GROSSEIRO VERIFICADO. ARTIGO 28 DA LINDB. PARECER MINISTERIAL PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO COM EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÃO.

1. RELATÓRIO

1. Cuida-se de **Representação de Natureza Interna**¹, com pedido de medida **cautelar**, apresentada pela Secretaria de Controle Externo de Contratações Públicas, em face da Prefeitura Municipal de Nova Olímpia, dando conta de possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 07/2019, deflagrado pela Prefeitura para futura e eventual contratação de empresa para a prestação de serviços gráficos em geral destinados ao município

2. Em suma, as irregularidades narradas pela equipe técnica dizem respeito: a) o edital não contempla o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; b) o termo de referência do edital não contempla os desenhos dos crachás e dos carimbos; c) as quantidades licitadas nos itens 17, 19, 22,

¹ Documento digital nº 32950/2019





23, 25, 27, 33 e 34 do edital não incompatíveis com o número de servidores em exercício do município; e, d) vedação de participação de empresa em recuperação judicial no certame licitatório.

3. Ao final, a Secex requereu a concessão de medida cautelar objetivando a suspensão do certame licitatório.

4. Por meio de Decisão Singular², a Conselheira Relatora admitiu a presente Representação Interna e decidiu pela suspensão do Pregão Presencial nº 07/2019 e de seus efeitos, determinando ainda a citação dos responsáveis.

5. Ato contínuo, os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas e, por meio do Parecer nº 832/2019³, manifestou-se pelo conhecimento e homologação da medida cautelar concedida por decisão singular.

6. Submetidos os autos ao Tribunal Pleno e, por meio do Acórdão nº 82/2019 – TP⁴, decidiu-se pela homologação da medida cautelar adotada pelo Julgamento Singular nº 216/2019/JJM/2019, determinando a suspensão da licitação, bem como a citação dos responsáveis.

7. Regularmente citados⁵ os representados apresentaram defesa conjunta (documento digital n. 5305/2019), momento em que requereram a improcedência da Representação de Natureza Interna e informaram quanto à revogação do certame.

8. Em relatório técnico de defesa⁶, a Secretaria de Controle Externo manifestou-se pela manutenção integral das irregularidades apontadas inicialmente.

9. Por fim, os autos vieram ao Ministério Público de Contas para emissão

2 Documento digital nº 8049/2019

3 Documento digital nº 46293/2019

4 Documento digital nº 62225/2019

5 Ofícios nº 207/2019/GCJJM, 208/2019/GCJJM, 209/2019/GCJJM, 210/2019/GCJJM, 211/2019/GCJJM, 212/2019/GCJJM e 213/2019/GCJJM

6 Documento digital nº 292503/2019





de parecer.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Das Preliminares

2.1.1. Do conhecimento da Representação de Natureza Externa

10. Ratificando os fundamentos exarados no Parecer Ministerial nº 832/2019, reitera-se a opinião pelo **conhecimento da presente Representação de Natureza Interna**, haja vista o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade previstos nos 219, 224, II, “a” e 225 do Regimento Interno.

2.1.2. Da suposta perda do objeto da Representação

11. Consoante previsão insculpida no artigo 61 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato, as questões preliminares ou prejudiciais deverão ser decididas de modo antecedente à apreciação do mérito. Em razão disso, necessário avaliar, em ordem prioritária, a ocorrência da perda do objeto da Representação, **diante da revogação⁷ do Pregão Presencial nº 007/2019.**

12. Pois bem.

13. Essa interpretação é fortemente apoiada em pressupostos **processuais tradicionalmente aplicáveis ao direito privado**, na qual as partes existentes na relação jurídica processual costumam litigar em posição de equivalência.

14. Ocorre, contudo, que tais pressupostos, aplicados originalmente à seara civil, devem ser conformados ao exercício da atividade de Controle Externo, que, para além da atividade fiscalizatória (verificação de irregularidades), apresenta função consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria.

15. Nesse sentido, vale ressaltar que a função sancionadora exercida pelo

⁷ Despacho revogatório encartado às fls. 12-13 do documento externo nº 53505/2019





Tribunal, decorrente da própria Constituição da República (art. 71, inciso VIII, da CF/1988), envolve a aplicação de penalidades **em face de determinados atos cuja prática se considera condenável**, nos termos da legislação em vigor. **Trata-se de instrumento destinado a evitar que a conduta administrativa valorada negativamente venha a se repetir, não só por parte dos jurisdicionados que a tenham praticado, mas também por parte dos demais gestores da coisa pública.**

16. Tal função, consiste em atividade mediante a qual, observando-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o Tribunal de Contas realiza juízo de valor sobre a conduta administrativa e, quando materializada alguma das hipóteses de incidência previstas na legislação, aplica determinada consequência jurídica previamente postulada no ordenamento jurídico.

17. Assim, muito embora os atos administrativos inquinados na representação tenham sido retirados do mundo jurídico, **a conduta do jurisdicionado que o praticou permanece sendo objeto da atividade de Controle Externo desempenhada consoante a Constituição Federal.**

18. É que, conquanto se considere que a anulação de um ato administrativo, em tese, torne-o desprovido de efeitos jurídicos, isso não significa que sua prática não tenha ocasionado efeitos deletérios na gestão do referido ente administrativo, elevando os custos suportados pelo ente público e prejudicando a consecução dos objetivos almejados pela população

19. Nessas hipóteses, o exame de mérito se faz cogente com vistas a orientar pedagogicamente o órgão licitante, de modo a evitar a repetição das ocorrências examinadas, e a responsabilizar o gestor pelos atos irregulares praticados.

20. Frise-se, ainda, que, no caso em tela, a Revogação do Certame **ocorreu tão somente em razão da ação fiscalizatória desta Corte de Contas, cabendo reconhecer que as providências adotadas pelo jurisdicionado somente ocorreram após consumada a instrução processual**, razão porque inviável o arquivamento do feito, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do TCE/MT, a seguir:





A anulação da licitação não conduz, necessariamente, à perda de objeto da representação, podendo o exame de mérito se fazer cogente com vistas a orientar pedagogicamente o órgão licitante, de modo a evitar a repetição das ocorrências examinadas, e a responsabilizar o gestor pelos atos irregulares praticados. (Acórdão 828/2018 – TCU – Plenário). (Boletim de Jurisprudência nº 215).

A revogação da licitação, após a instauração e a consumação do contraditório, conduz à perda de objeto da cautelar que determinou a suspensão do certame, **mas não da representação em si, tornando necessário o exame de mérito do processo, com o objetivo de evitar a repetição de procedimento licitatório com as mesmas irregularidades verificadas.** (Acórdão 2142/2017 – TCU – Plenário). (Boletim de Jurisprudência nº 215).

REPRESENTAÇÃO EM FACE DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIA CONJUNTA PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA DE IMPRENSA. ADOÇÃO DE TÉCNICA E PREÇO COM EXCESSIVA VALORAÇÃO DA PONTUAÇÃO TÉCNICA. PROIBIÇÃO DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. ESTABELECIMENTO DE REGRA EXCESSIVAMENTE RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE. OUTRAS IRREGULARIDADES. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. NEGATIVA DE PROVIMENTO AO AGRAVO INTERPOSTO. CONFIRMAÇÃO DE PARTE DAS IRREGULARIDADES. REVOGAÇÃO DA LICITAÇÃO APÓS INSTRUÇÃO DE MÉRITO. PERDA DE OBJETO DA CAUTELAR ADOTADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA DAS IRREGULARIDADES ÀS ENTIDADES LICITANTES.
(...)

9. Entretanto, no que tange ao exame de mérito da matéria posta em discussão, penso que o caminho adequado não mais passa pela perda de objeto da representação, em face da revogação do certame, eis que essa ocorreu somente após a instauração e consumação do contraditório, com a realização de oitivas prévias e posteriores, sobre as questões trazidas nesta representação. Ocorreu após o julgamento de recurso de agravo, onde as questões também foram debatidas. Bem assim, porque tal revogação da licitação somente ocorreu após o término da etapa de instrução do feito, já tendo as entidades conhecido o posicionamento de mérito da unidade técnica deste Tribunal sobre as irregularidades, que, embora não possua o caráter definitivo, sinalizava a manutenção dos indícios de irregularidades apontados. Aduzo, ainda, que a revogação se deu sem vinculação ao compromisso de realização de nova licitação escoimada dos vícios apontados por este Tribunal em sede de cautelar. A revogação se deu sob a alegação, tão somente, de haver necessidade de revisão do edital, sem apontar a este Tribunal em quais pontos se dariam essa revisão.

10. Dessarte, entendo que a revogação da licitação, neste caso específico, conduz à perda de objeto da cautelar, mas não da representação em si, cujo exame de mérito se faz necessário com vistas a orientar pedagogicamente as entidades de modo a evitar a repetição do certame com as irregularidades aqui examinadas.(Acórdão 743/2014-TCU-Plenário).





(...)29 Em decorrência dos fatos e teses apresentados, em dissonância com a unidade de instrução e em consonância com o Parquet de Contas, **entendo que a anulação do Pregão Presencial nº 06/2018 não ocasiona a perda do objeto da presente Representação de Natureza Externa – RNE, “na medida em que seu prosseguimento pode ter caráter didático aos gestores sob a jurisdição desta Corte de Contas, evitando a reiteração dos mesmos erros”.** (Autos nº 140562/2018). (Grifos apostos).

21. Assim, o cancelamento do certame não ocasiona, por si só, a perda de objeto, de processos já instaurados ou exime os envolvidos de responsabilidade, conforme Acórdão n. 69/2019 – TP⁸:

Processual. Representação. Perda do objeto. Anulação de pregão irregular. A anulação, pela Administração, de pregão presencial com atos irregulares praticados não ocasiona a perda do objeto do respectivo processo de representação que apura tais atos, na medida em que seu prosseguimento tem caráter didático para o gestor público sob a jurisdição do Tribunal de Contas, evitando a reiteração dos mesmos erros. REPRESENTAÇÃO NATUREZA EXTERNA. Relator: LUIZ HENRIQUE LIMA. Acórdão 69/2019 – TRIBUNAL PLENO. Julgado em 12/03/2019. Publicado no DOC/TCE-MT em 25/03/2019. Processo 140562/2018).

1.3.3) Processual. Representação. **Perda do objeto. Anulação ou revogação de processo licitatório pela Administração. A revogação ou anulação, pela Administração, de processo licitatório com irregularidades praticadas não ocasiona a perda do objeto do respectivo processo de Representação de Natureza Interna** que apura tais fatos irregulares no âmbito do Tribunal de Contas, sendo que o exame do mérito de tal processo objetiva, didaticamente, evitar a reiteração dos mesmos erros verificados. O simples fato de ocorrer revogação ou anulação do pleito licitatório não elimina, em tese, a ilicitude que estava em curso. (Representação de Natureza Interna. Relatora: Conselheira Substituta Jaqueline Jacobsen. Acórdão nº 82/2019-PC. Julgado em 04/09/2019. Publicado no DOC/ TCE-MT em 18/09/2019. Processo nº 8.490-5/2019).

22. Isso porque, é fato conhecido que o início de um procedimento licitatório demanda grandes gastos para Administração Pública, que vão deste elaboração do edital até sua fase final. Diante disso, não há que se falar em inexistência de dano ao erário, pois o cancelamento de certame, em qualquer de suas fases, representa tempo e recursos públicos jogados fora.

23. Não se olvide, que somados a isso, houve a mobilização desta Corte de Contas na verificação da irregularidade, o que por si só já demonstra grande dano ao

8 Boletim de Jurisprudência, Ano: 2019, nº 54, jan/fev/mar/2019





erário público.

24. Assim, entende-se que o processo não pode ser extinto sem julgamento do mérito, haja vista a real existência da irregularidade e sua ilicitude, bem como os prejuízos causados, de modo que cumpre a esta Corte reconhecer a responsabilidade dos gestores e expedir penalidades e determinações para que tais falhas não voltem a ocorrer.

2.2. Do Mérito

2.2.1. Da análise das irregularidades e/ou ilegalidades

25. As irregularidades noticiadas nos autos, consoante relatório técnico produzido pela Secretaria de Controle Externo de Contratações Públicas (documento digital nº 32950/2019), circunscrevem-se às seguintes situações:

Responsável: Givaldo Valério dos Santos Filho.

GB13 LICITAÇÃO_GRAVE_13. Ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; legislação específica do ente).

1.1) O edital do Pregão Presencial nº 007/2019 não contempla o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, contrariando o item II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93. Tópico 2. Análise Técnica

Responsáveis: Debora Cristiane Ferreira; Marcos Antonio dos Santos; Ari Candido Batista; Sergio Schefer; e, Weber Vieira Martins;

GB13 LICITAÇÃO_GRAVE_13. Ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; legislação específica do ente).

2.1) O Termo de Referência do Edital do Pregão Presencial nº 007/2019 não contempla os desenhos dos crachás e dos carimbos, contrariando o item I do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93. - Tópico – 2. Análise Técnica.

GB99 LICITAÇÃO_GRAVE_99. Irregularidade referente à Licitação, não contemplada em classificação específica na Resolução Normativa nº 17/2010 – TCE-MT.

3.1) As quantidades licitadas nos itens 17; 19; 22; 23; 25; 27; 33 e 34 do Pregão Presencial nº 007/2019 são incompatíveis com o número de servidores, em exercício, da Prefeitura Municipal de Nova Olímpia, contrariando o art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.666/1993. - Tópico – 2. Análise Técnica

GC18 LICITAÇÃO_MODERADA_18. Ocorrência de irregularidades relativas às exigências de qualificação econômico-financeira das licitantes (art. 31 da Lei 8.666/1993).

4.1) Vedada a participação de empresa em recuperação judicial de





acordo com o item a) da Cláusula 8.2.3 do Pregão Presencial n. 007/2019, em desacordo com o PARECER AGU n° 04/2015/CPLC/DEPCON5U/PGF/AGU, 12/05/2015 e Acórdão TCU n° 8272/2011 – 2 Câmara. Tópico – 2. Análise Técnica.

26. Destarte, para facilitar a análise dos apontamentos consignados, passa-se ao exame individualizado de cada irregularidade:

a) Irregularidade GB13 – item 1.1

GB13 LICITAÇÃO GRAVE 13. Ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; legislação específica do ente).

1.1) O edital do Pregão Presencial n° 007/2019 não contempla o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, contrariando o item II do § 2° do art. 40 da Lei n° 8.666/93. Tópico 2. Análise Técnica

27. No que tange à ausência de orçamento em planilhas de quantitativos e preços unitários no Edital do Pregão Presencial n° 07/2019 (Achado n° 1 - Irregularidade GB 13), a defesa cita que foi juntado ao procedimento licitatório o documento “Relatório de Solicitação para Registros de Preços” das respectivas Secretarias, contendo toda a descrição necessária, bem como em razão do cancelamento da licitação não houve prejuízos à administração pública.

28. Malgrado as alegações defensivas, a equipe técnica, opinou pela manutenção da irregularidade, tendo em vista que a defesa não anexou documentos comprovando suas alegações.

29. Isto posto, passa-se à análise ministerial.

30. Com razão a equipe técnica, pois a defesa limitou-se em fazer alegações quanto a existência da referida planilha, no entanto, não trouxe nos autos, anexadas à defesa, o referido documento capaz de afastar a irregularidade imposta inicialmente.

31. Assim, restou configurada a afronta ao disposto no artigo 3°, inciso III, da Lei n. 10.520/2002, bem como o art. 40, § 2°, inciso II da Lei n. 8.666/1993, *in*





verbis:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

32. Nesse sentido, em consonância com a equipe técnica, este **Ministério Público de Contas, manifesta-se pela manutenção da irregularidade.**

b) Irregularidade GB13 – item 2.1

GB13 LICITAÇÃO_GRAVE_13. Ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios (Lei 8.666/1993; Lei 10.520/2002; legislação específica do ente).

2.1) O Termo de Referência do Edital do Pregão Presencial nº 007/2019 não contempla os desenhos dos crachás e dos carimbos, contrariando o item I do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93. - Tópico – 2. Análise Técnica.

33. No tocante ao Achado nº 2, a Secex apontou como irregularidade a ausência de desenhos dos crachás e carimbos, em suposta contrariedade ao item I do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93.

34. A defesa não adentrou no mérito desta irregularidade, limitando-se apenas na alegação de que em razão do cancelamento do certame não houve prejuízo à Administração Pública, bem como pela exclusão da responsabilidade do Secretário Ari Cândido Batista, tendo em vista que sua secretaria não apontou os presente itens para o Registro de Preços no Pregão.





35. Em análise defensiva, a Secex opinou pela permanência da irregularidade, tendo em vista a ausência de defesa.

36. Passa-se à análise ministerial.

37. Em que pese o apontamento realizado pela equipe de *experts*, este Ministério Público de Contas, ratifica o argumento exposto no Parecer nº 832/2019, tendo em vista entender que tal exigência é despicienda no caso dos autos, haja vista que o edital traz, em seu bojo, especificações detalhadas dos materiais a serem confeccionados, conforme é possível verificar no Termo de Referência, constante no documento digital nº 32950/2019, fls. 50-60, não sendo assim, impedimento à realização de orçamento pelas empresas interessadas.

38. Pelo exposto, em divergência com o entendimento da Secex, este Ministério Público de Contas pugna pelo afastamento da irregularidade contida no Achado nº 2 (GB13).

c) Irregularidade GB99 – item 3.1

GB99 LICITAÇÃO_GRAVE_99. Irregularidade referente à Licitação, não contemplada em classificação específica na Resolução Normativa nº 17/2010 – TCE-MT.
3.1) As quantidades licitadas nos itens 17; 19; 22; 23; 25; 27; 33 e 34 do Pregão Presencial nº 007/2019 são incompatíveis com o número de servidores, em exercício, da Prefeitura Municipal de Nova Olímpia, contrariando o art. 15, § 7º, inciso II, da Lei 8.666/1993. - Tópico – 2. Análise Técnica

39. Em relação ao quantitativo previsto em edital, a equipe técnica apontou como irregularidade a disparidade entre a quantidade pretendida para a aquisição e a quantidade de servidores em exercício no referido município.

40. Em sede de defesa, os responsáveis alegaram que houveram duplicidade dos itens pedidos realizados pelas secretarias e que não houve prejuízo aos cofres público, bem como não tinham a “intenção de adquirir todos os itens na quantidade que foi expressa”, em razão da licitação ser para Registro de Preços.





41. Diante das alegações defensivas, a equipe técnica manteve a irregularidade, tendo em vista que a defesa limitou-se a alegações sem apresentar documentos comprobatórios.

42. Isto posto, passa-se à análise Ministerial.

43. De fato, conforme pontuado pela equipe técnica e, consolidado pela nobre Conselheira Relatora, em sua Decisão Singular (documento digital nº 380049, fl. 06), restou comprovado a incompatibilidade entre as quantidades a serem adquiridas e a quantidade de servidores em exercício no município, configurando assim, afronta ao disposto no artigo 15, § 7º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, haja vista a existência de 529 servidores, em exercício, e o Edital prever a aquisição de em quantidades muito superiores, conforme quadro abaixo:

ITENS	QUANTIDADE	DESCRIÇÃO
17 e 22	2.020	Crachás
25 e 27	17.607	Cadernos
23	980	Agendas
19, 33 e 34	558	Carimbos

44. Nesse sentido, o **Ministério Público de Contas**, tal qual a equipe técnica, manifesta-se pela **manutenção da irregularidade**.

d) Irregularidade GC18 – item 4.1

GC18 LICITAÇÃO_MODERADA_18. Ocorrência de irregularidades relativas às exigências de qualificação econômico-financeira das licitantes (art. 31 da Lei 8.666/1993).

4.1) Vedada a participação de empresa em recuperação judicial de acordo com o item a) da Cláusula 8.2.3 do Pregão Presencial n. 007/2019, em desacordo com o PARECER AGU nº 04/2015/CPLC/DEPCON5U/PGF/AGU, 12/05/2015 e Acórdão TCU nº 8272/2011 – 2 Câmara. Tópico – 2. Análise Técnica.

45. Por fim, a derradeira irregularidade pontuada pela Secretaria de





Controle Externo de Contratações Públicas diz respeito à vedação da participação de empresa em recuperação judicial na licitação em comento.

46. Os responsáveis defendem que a inclusão da referida vedação tem como base legal o disposto no inciso IV do art. 27 c/c inciso III do art. 29 e inciso II do art. 31, todos da Lei nº 8.666/93.

47. Em análise da defesa, a Secex opinou pela manutenção da irregularidade, consignando que é possível a participação de empresas em recuperação judicial em licitações.

48. Passa-se à análise ministerial.

49. Pois bem. Em que pese a previsão legal citada pela defesa, é entendimento pacífico dos Tribunais Superiores a possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial em licitações.

50. O Agravo em Recurso Especial sob o nº 309.867/ES, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria, foi provido com unanimidade a fim de ratificar que a Lei 8.666/93 não prevê a necessidade da apresentação de certidão negativa para casos de recuperação judicial. Do mesmo modo, em sonora aplicação dos art. 47 e 52, II, ambos da LRF, a empresa em recuperação judicial poderá comprovar sua aptidão econômico-financeira de outras formas, independentemente da respectiva certidão.

51. Em síntese, a controvérsia jurisprudencial e doutrinária vagueava na disposição do inciso II, do art. 31, da Lei 8.666/93, que impõe como condicionante da capacidade econômico-financeira a apresentação de *certidão negativa de falência ou concordata*. Em analogia, parte dos julgados entendia que a recuperação judicial substituiu a concordata; logo, permaneceria a obrigação da certidão.

52. No entanto, definiu o STJ que é vedado à Administração Pública interpretar de forma extensiva o referido artigo, em consonância ao princípio da legalidade, que lastreia o direito público. Foram mencionados, inclusive, outros





julgados do Tribunal nessa linha de entendimento.

53. Em verdade, caberia ao legislador, quando da construção do procedimento recuperacional, editar o inciso II, do art. 31, da Lei 8.666/93, a fim de substituir, ou estender, a imposição dada às concordatas para as recuperações judiciais.

54. Como bem definiu o Relator do AREsp, *diferentemente da concordata*, a recuperação judicial busca auxiliar o soerguimento das empresas, a fim de que elas possam retomar a saúde de sua atividade empresarial. Portanto obstar a participação em certames licitatórios não seria de plena aplicação da LRF.

55. Acrescente-se a isso que a própria Lei 11.101/05 previu que, com o deferimento do processamento da recuperação judicial, dispensa-se a *apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades*; supõe-se a sua abrangência a processos licitatórios.

56. Importante destacar que o STJ não afastou a obrigação de a empresa comprovar sua qualificação econômico-financeira, imposição do art. 27, II, da Lei 8.666/93. A decisão foi no sentido de não reconhecer a presunção de insolvência de empresas em recuperação judicial.

57. Nesse sentido, tem-se comprovado a ofensa ao princípio norteador da elaboração do ato convocatório e de sua interpretação, qual seja o princípio da competição ou ampliação da disputa que estão relacionados à competitividade e às cláusulas assecuratórias da igualdade de condições a todos os concorrentes. Viés deste princípio na área econômica é o princípio da livre concorrência (inciso IV do art. 170 da CF/88). Assim, como a lei reprime o abuso do poder econômico que vise a denominação dos mercados e a eliminação da concorrência, a lei e os demais atos normativos não podem limitar a competitividade na licitação.

58. O inciso I, do §1º, do art. 3º, da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) ressalva ser vetado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar,





nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

59. Assim, qualquer exigência qualitativa ou quantitativa que, de algum modo, sob qualquer ângulo, restrinja a competitividade deve ser rechaçada. Inclusive, a mera omissão de informações essenciais poderá ensejar a nulidade do certame, conforme já deliberou o TCU (Acórdão 1556/2007 Plenário).

60. Por todo exposto, este **Parquet de Contas**, em consonância com a equipe técnica, **entende pela manutenção da irregularidade.**

2.2.2. Culpabilidade Administrativa

61. Perpassada a confirmação da irregularidades supramencionadas, bem como a responsabilidade dos representados, cumpre neste momento analisar a existência de dolo e erro grosseiro nas condutas praticadas necessários ao sancionamento dos agentes públicos, conforme exigência do art. 28 da novel redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a saber o Decreto-lei 4.657/1942: *“O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de **dolo** ou **erro grosseiro**”*. (grifo nosso)

62. Por seu turno, importa ressaltar que o art. 28 da LINDB trata do direito sancionador, em especial às condições de aplicação de penalidades sobre as quais o gestor estará sujeito, adentrando, pois, no campo da culpabilidade administrativa. Doravante, caso não se configure o dolo ou o erro grosseiro, a responsabilidade do agente pública será afastada.

63. Quanto ao dolo, percebe-se que este se aproxima da ideia de *“ má-fé ”*. Fábio Medina Osório afirma que:

o dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. **O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica.** Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis





incidentes à espécie.⁹

64. Já para Hugo Nigro Mazzilli “o dolo [...] é a vontade genérica de fazer o que a lei veda ou não fazer o que a lei manda.”¹⁰

65. Nesse diapasão, verifica-se que o dolo, em direito administrativo, basear-se-á no desrespeito à legalidade exigida para o ato, mais especificamente numa vontade dirigida contra a boa-fé estatal.

66. Tendo o exposto, este *Parquet* não verificou, no caso concreto, uma vontade dirigida à prática da ilegalidade. Até porque, não basta a ilegalidade do ato para comprovar a presença do dolo. Faz-se mister, como dito, avaliar subjetivamente o ato do agente, para, assim, formar um juízo de reprovabilidade. De modo que carecem, pois, quaisquer evidências nos autos de que os responsáveis, voluntariamente, buscou a realização de um ato desprovido de finalidade pública, ou mal-intencionado, não cabe sua penalização na modalidade dolo.

67. Nesse caminho, cumpre analisar a suposta presença de erro grosseiro, em continuidade à dicção do art. 28 da LINDB.

68. Embora ausentes na legislação os parâmetros positivos ou negativos para delimitar o que vem a ser erro grosseiro, cabe informar que o atual entendimento do TCU é pela existência do referido erro quando a conduta se distancia do esperado do administrador sem que este tenha que agir de forma extraordinária. No Acórdão nº 2860/2018-Plenário, o Ministro Augusto Sherman enfatizou: “resta configurada a ocorrência de erro grosseiro quando a conduta culposa do agente público distancia-se daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto”.

69. Ainda, segundo os termos do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU:

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**

9 OSÓRIO, Fábio Medina. Improbabilidade Administrativa. Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998, p. 135.

10 MAZZILLI, Hugo Nigro, A defesa dos interesses difusos em juízo, 7. ed. Saraiva, São Paulo, p. 162.





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 decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave. (grifo nosso)

70. Nesse ponto, este *Parquet* visualiza uma ação dos responsáveis abaixo do referencial considerado do administrador médio uma vez que não foram diligentes na elaboração do Termo de Referência e do Edital de Pregão Presencial nº 07/2019, no atendimento da Lei nº 8.666/93 e entendimentos dos Tribunais Superiores.

71. Contudo, em que pese a constatação do erro grosseiro, este *Parquet* entende como suficiente neste momento a emissão de determinação legal¹¹ à atual gestão da Prefeitura Municipal de Nova Olímpia para que na elaboração dos próximos Editais licitatórios observe os ditames da lei n. 8.666/93 e entendimentos dos Tribunais Superiores, bem como tenha o cuidado de revisar os termos do edital, de modo identificar erros, falhas e informações incompletas.

3. CONCLUSÃO

72. Pelo exposto, o **Ministério Público de Contas**, instituição permanente e essencial às funções de fiscalização de controle externo do Estado de Mato Grosso, opina:

a) pelo **conhecimento** da Representação de Natureza Externa, em vista da presença de todos de pressupostos de admissibilidade previsto nos artigos 219 e 224, II, "a", do Regimento Interno do TCE/MT;

b) pelo **não acolhimento da preliminar de perda do objeto**, arguida pela defesa, tendo em vista persistir o interesse público na atividade de Controle Externo exercida nos presentes autos;

c) pela **procedência parcial** da Representação de Natureza Interna, em

¹¹ Lei Complementar nº 269/2007 art. 22





razão dos argumentos expostos, tendo em vista a permanência das irregularidades nos Achados n.ºs. 1 (Irregularidade GB13), 3 (Irregularidade GB99) e 4 (Irregularidade GC18);

d) pelo **afastamento** do Achado n.º 2 (Irregularidade GB13);

e) pela **determinação legal** a atual gestão da Prefeitura Municipal de Nova Olímpia para que:

e.1) na elaboração de Edital licitatório, observe os ditames da lei n. 8.666/93 e entendimentos dos Tribunais Superiores;

e.2) revise os termos dos editais, de modo identificar erros, falhas e informações incompletas.

É o Parecer.

Ministério Público de Contas, Cuiabá, 23 de janeiro de 2020.

(assinatura digital¹²)
GETÚLIO VELASCO MOREIRA FILHO
Procurador de Contas

¹² - Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa Nº 9/2012 do TCE/MT.

