ACÓRDÃO - AC00 - 1246/2024

PROCESSO TC/MS	: TC/4793/2021
PROTOCOLO	: 2102679
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS
JURISDICIONADOS	: 1. EMERSON ANTONIO MARQUES PEREIRA 2. MAURO AZAMBUJA RONDON
DENUNCIANTE	: BRASILUZ ELETRIFICAÇÃO E ELETRÔNICA LTDA
ADVOGADAS	: CAROLINE MOURA MAFFRA OAB/SP Nº 293.935; DANIELA BONATO BARBOSA ZAMBELLI OAB/SP Nº 240.720; CRISTINE LEHNER DO NASCIMENTO OAB/SP Nº 305.418; E OUTRA.
RELATOR	: CONS.SUBS. LEANDRO LOBO RIBEIRO PIMENTEL

EMENTA: DENÚNCIA – SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO EDITAL DE LICITAÇÃO – TOMADA DE PREÇOS – PERIGO DE DANO INVERSO – PERDA DE OBJETO – ARQUIVAMENTO – DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS DOCUMENTOS.

1. Vislumbrada a presença de perigo de dano inverso, determina-se o arquivamento do feito pela perda superveniente do objeto, impondo-se a remessa dos documentos licitatórios e atos decorrentes, de modo integral, para fiscalização deste Tribunal, como medida para melhor atender o caso concreto.
2. Arquivamento da denúncia, e determinação para que o atual gestor encaminhe todos os documentos relativos à Tomada de Preços e formalização contratual decorrente, para autuação nesta Corte de Contas, no prazo fixado, sob pena multa por descumprimento de decisão.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 10 a 12 de junho de 2024, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pelo **arquivamento** do presente processo de **Denúncia** formulada por **Brasiluz Eletrificação e Eletrônica LTDA,** pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada à f. 2, tendo como denunciada a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos de Mato Grosso do Sul – AGESUL, nos termos do art. 127, I, do Regimento Interno desta Corte de Contas, ante a perda superveniente do objeto; pela **determinação** para que o atual gestor da AGESUL – **Sr. Mauro Azambuja Rondon** - encaminhe todos os documentos relativos à Tomada de Preços n. 9/2021, e a formalização contratual decorrente, para autuação nesta Corte de Contas, no prazo de 60 (sessenta) dias, em cumprimento de deliberação, sob pena multa por descumprimento de decisão; pela **intimação** da empresa denunciante e da AGESUL quanto aos termos do presente

julgamento, de acordo com o art. 50, I, da Lei Complementar n. 160/2012, **afastando-se o sigilo imposto ao processo**, pois não subsistem razões legais para sua manutenção.

Campo Grande, 12 de junho de 2024.

Conselheiro-Substituto **Leandro Lobo Ribeiro Pimentel** – Relator

(Ato convocatório n. 02/2023)

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel – Relator

I – RELATÓRIO

Trata-se de **DENÚNCIA**, com pedido de medida cautelar, apresentada a esta Corte de Contas pela empresa BRASILUZ ELETRIFICAÇÃO E ELETRÔNICA LTDA**,** pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada à f. 2, contra a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos de Mato Grosso do Sul – AGESUL/MS.

A denunciante alega irregularidades no edital da licitação Tomada de Preços n. 9/2021, a qual tem por objeto "a seleção da melhor proposta para o serviço técnico de substituição de luminárias nas instalações de iluminação pública na Rodovia MS-156 - trecho Dourados/MS a Itaporã/MS-, por iluminação led com fonte solar".

Tais irregularidades consistem, em síntese, no *pagamento de taxa* para entrega do edital com suas planilhas, anexos, projetos e outros a título de "ressarcimento de seus custos de reprodução", ou seja, fotocópia; e na determinação para que as licitantes apresentem sua proposta de preço "acompanhada do CD gerador de proposta *entregue quando da retirada deste Edital*".

Assim, por visualizar possível prejuízo à concorrência, a denunciante apresentou seus argumentos às f. 2-7 e requereu a preservação de seu direito líquido e certo de participar da licitação em igualdade de condições com os e demais concorrentes, uma vez que se trata de empresa localizada em outro estado, sendo necessário um representante da licitante comparecer presencialmente ao local designado; e ainda, pela alteração do edital e determinação de suspensão do certame até o julgamento final.

O expediente foi recebido como Denúncia pela Presidência desta Corte de Contas, que em juízo de admissibilidade determinou sua distribuição ao Conselheiro Ronaldo Chadid, na forma regimental (f. 68).

Na sequência, determinou-se a remessa dos autos à Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente para análise das informações e documentos que acompanham os fatos narrados na Denúncia (f. 69).

Após apurar os fatos, por meio da Análise n. 4090/2021 (f. 70-79), a Divisão tematizada opinou pela procedência da Denúncia, pois constatou a restrição da competitividade da licitação, tendo em vista que foram admitidas no corpo do edital, cláusulas que desobedecem ao artigo 3º, §1º, I e II da Lei n. 8.666/93, restando como solução a anulação da licitação, nos termos do artigo 49 da Lei n. 8.666/93.

Encaminhado o feito ao Ministério Público de Contas, o *parquet* requereu à intimação do gestor responsável para apresentar defesa, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e a ampla defesa (f. 82-83).

Após a intimação (f. 85), o Diretor-Presidente da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – *Sr. Emerson Antônio Marques Pereira* – defendeu a improcedência das alegações, alegando que todos os editais estão no site da AGESUL e no Portal da Transparência, e que a importância cobrada não se referia somente aos custos de reprodução gráfica da documentação, mas também aos custos de cópias de projetos e as devidas publicações. Esclareceu que atualmente não é cobrado nenhum valor para participação nas licitações, tampouco aos custos de reproduções, e que as empresas não precisam comparecer para retirar o edital. Informou que na licitação em questão 9 (nove) empresas participaram do certame, o que denota claramente a correta divulgação do procedimento e comprova que não houve restrição a competitividade, razão pela qual encaminha o relatório da Diretoria de Licitação (f. 90/91) e a cópia da Ata P n. 009/2021 – A, com a relação de participantes (f. 92-93).

Diante da resposta apresentada, determinou-se a remessa dos autos ao Ministério Público de Contas (f. 94).

Por conseguinte, acompanhando o entendimento da equipe técnica, o *Parquet* opinou pelo provimento parcial da Denúncia, por restar caracterizado que o edital restringiu o caráter competitivo do certame e contrariou o art. 3º, §1º, incisos I e II da Lei de Licitações; pela aplicação de multa ao denunciado; e pela determinação para que o Denunciado encaminhe todos os documentos relativos à licitação e à formalização contratual dela decorrente, para autuação nesta Corte de Contas, em prazo a ser fixado pelo Relator, em cumprimento de deliberação, conforme se depreende do Parecer n. 5504/2023 (f. 95-99).

Considerando o Ato Convocatório n. 002, de 05 de janeiro de 2023, publicado no DOETC/MS n. 3308 de 06 de janeiro de 2023, p. 3, passo às razões do voto

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel – Relator

II – FUNDAMENTO

Como já relatado, a Denúncia apresentada a este Tribunal de Contas se baseia no possível prejuízo à concorrência, em razão das seguintes cláusulas no Edital Tomada de Preços nº: 009/2021-DLO/AGESUL:

2.4. O presente edital e seus elementos constitutivos, como anexos, planilhas, projetos e outros, serão fornecidos à interessada, mediante ressarcimento de seus custos de reprodução. Referido valor não será restituído.

2.4.1. O custo de reprodução será calculado tendo como referência as disposições da Portaria "N" Agesul nº 002/2011, publicada no Diário Oficial de Mato Grosso do Sul nº 7.986, de 11/7/2011, ficando estabelecido que o seu valor máximo será de até **R$ 100,00** (cem reais).

4.3. Os documentos exigidos nos Invólucros **01 (documentação de habilitação)**, e **02 (proposta de preço)**, deverão ser apresentados da seguinte maneira:

- **Invólucro 01 –** Em 1 (uma) via original, ou cópia devidamente autenticada;
- **Invólucro 02 –** Em 1 (uma) via original, acompanhada do CD gerador de proposta entregue quando da retirada deste Edital, nele gerada a planilha da proposta, sem prejuízo do que estabelece a parte final da letra "b" do subitem 6.1.

6. PROPOSTA

6.1. A Proposta deverá ser apresentada nas condições do subitem 4.3 e respectivos dispositivos, satisfazendo as quantidades de serviços constantes da(s) planilha(s) de quantitativos deste edital, devendo estar colecionadas conforme subitem 5.1 e conterá, basicamente:

a) Nome do proponente, endereço ou a sede, suas características de identificação (individual ou social);

b) Planilha de orçamento impressa contendo as especificações, quantitativos, preços unitários, subtotais e resumo geral, emitida por meio de **Gerador de Proposta**. Deverá acompanhar a referida planilha o CD com arquivo da Proposta Gerada (CD Sistema Gerador de Proposta de Preços), nos termos do subitem 4.3. Tendo a concorrente dificuldade em compor sua proposta através do programa recebido (SGPP), o qual assinalamos como preferencial, poderá formulá-la através de qualquer programa eletrônico disponível, fazendo constar da planilha que apresentar as especificações, quantitativos, preços unitários, subtotais e resumo geral;

Como se nota, o edital da licitação, em seu item 2.4 e 2.4.1 (f. 9) prevê cobrança de taxa de até R$ 100,00 (cem reais) para que os interessados adquiram cópia do edital e seus anexos (elementos constitutivos), exigindo-se o comparecimento do interessado à AGESUL, não havendo previsão de remessa da documentação por e-mail, *fac-símile* ou outro meio eletrônico.

Ademais, o item 4.3 do Edital normatiza que o envelope da proposta de preço deverá conter o CD gerador de proposta entregue quando da retirada deste Edital, ou seja, condiciona a participação da licitante à presença de representante legal da empresa à sede da AGESUL, exigência corroborada pelo verbo deverá contido na letra b do item 6.1 do Edital.

Subsidiado pela **Análise n. 4090/2021** da Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente, **a qual passa a integrar os fundamentos desta proposta de julgamento,** tenho que somando o fato de não haver disponibilização eletrônica do Edital a totalidade de seus anexos, tampouco a possibilidade de requerimento por outras vias, com a cobrança pelo fornecimento de tal documentação em desacordo com as normas regentes, podemos inferir que, sob esse aspecto, houve restrição no caráter competitivo da licitação.

Cabe esclarecer que o art. 32, §5º da Lei n. 8.666/93 proíbe a cobrança de recolhimento prévio de taxas e emolumentos, ressalvando apenas o caso de solicitação do interessado ao Órgão e limitado ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.[1]

A jurisprudência desta Corte de Contas e do TCU admite a cobrança pela retirada do edital somente se o preço imputado for restrito ao valor da reprodução gráfica, em atenção ao princípio da competitividade do certame (Acórdãos TCU 2.605/2012-Plenário 10.992/2011-2ª Câmara, 354/2008-Plenário e 3.056/2008-1ª Câmara), sendo que o TCE/MS ainda exige a comprovação do valor exato das cópias fornecidas:

> Percebe-se, muito embora o enunciado acima ressalve a possibilidade de recolhimento dos custos relativos à reprodução gráfica do edital, necessário se faz que o Jurisdicionado comprove o valor exato das referidas cópias, o que evidentemente não se verificou nos autos. (DSG - G.MJMS - 13019/2016, de 8.3.2017- Processo TC/11842/2015 e DSG - G.MJMS - 9353/2017, de 30.8.2017 – Processo TC/3888/2016).

Também o TCU já decidiu que a aquisição do edital não pode ser fator condicionante para a participação do interessado na licitação, pois não tal exigência não consta no rol de documentos estabelecidos nos artigos 27 a 31 da Lei 8.666/93 (Acórdão 1.264/2010-TCU-Plenário e ACÓRDÃO 3192/2016 – TCU – Plenário).

É imperioso mencionar que a Lei Estadual n. 4.416/2013, espelho da Lei n. 12.527/2011, determina em seu artigo 4º que se garanta a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso e divulgação, e é expressa em ordenar que o acesso à informação compreende o direito de obter informação pertinente às licitações, não se vislumbrando que a presente licitação seja caso de exceção ao dever legal de publicidade e transparência.

[1] Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (...)§ 5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, **quando solicitado**, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

Corrobora com tal entendimento o texto do Decreto Estadual n. 15.221/2019 que estabeleceu a Política de Dados Abertos dos órgãos e das entidades da Administração Pública Estadual, destinada a contribuir para o incremento da transparência e do controle social.

Pois bem.

Em que pese o exposto, o art. 20, da LINDB, impõe ao julgador o dever de considerar as consequências práticas de sua decisão, senão vejamos:

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Nesse aspecto, cumpre levar em consideração a informação prestada pelo gestor responsável pela AGESUL (f. 89), sobre a ocorrência das impropriedades no procedimento licitatório, o qual justificou que atualmente os itens denunciados foram retirados dos editais de licitação, não se exigindo mais o pagamento de taxas para a retirada dos editais de licitações, nem mais a presença das interessadas na AGESUL, haja vista que os editais estão no sitio da AGESUL na internet e no portal de transparência do governo de MS.

E ainda, que apesar do "possível comprometimento da competição", a licitação contou com a participação de **9 (nove) empresas**, conforme faz prova a Ata P n. 009/2021 – A, com a relação de participantes (f. 92/93), encaminhada pelo Denunciado em sua defesa, o que demonstra, salvo melhor juízo, que inobstante as irregularidades constatadas, ainda assim houve competitividade no certame.

No mais, em consulta ao Diário Oficial do Estado de MS, tendo vista a data de declaração da empresa vencedora do certame, depreende-se que a licitação em exame possivelmente já se encontra concluída, inclusive a execução do contrato:

AVISO DE JULGAMENTO DE PROPOSTA

Tomada de Preços nº: 009/2021-DLO/AGESUL
Processo nº: 57/008.789/2020.
Objeto: SUBSTITUIÇÃO DE LUMINÁRIAS NAS INSTALAÇÕES DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NA RODOVIA MS-156 – TRECHO DOURADOS/MS A ITAPORÃ/MS, POR ILUMINAÇÃO LED COM FONTE SOLAR.
Vencedora: GTX CONSTRUTORA E SERVIÇOS LTDA ME
Valor: R$ 618.910,98 (seiscentos e dezoito mil, novecentos e dez reais e noventa e oito centavos)
Prazo: 90 (noventa) dias.
Abre-se o prazo recursal de 05 (cinco) dias úteis, conforme assegura o artigo 109, inciso I da Lei 8.666/93.

Campo Grande - MS, 01 de junho de 2021.

DÉBORA DA SILVA PEREIRA
DIRETORA DE LICITAÇÃO DE OBRAS AGESUL

Não obstante, conforme se observa, a irregularidade apontada nesta Denúncia, é procedente, entretanto**,** a mesma não possui o condão de anular todo o certame a ponto de retornar ao *status quo*, considerando o lapso temporal decorrido (2021-2024).

Dessa forma, acolher a pretensão do Denunciante, considerando os efeitos práticos já não é mais viável, pois sem sombra de dúvidas, causará prejuízo à gestão e ao interesse público, o qual se sobrepõe ao particular. Na verdade, existe o perigo de dano inverso, ou seja, um dano irreparável para a Administração, dano este que resulta da elaboração de um edital com irregularidade, mas, repita-se, anulá-lo, somente concretizará consequência desproporcional ao fim que se busca.

Como dito alhures, não se está fechando os olhos para a irregularidade levada ao conhecimento desta Corte de Contas e, sim, para as consequências de uma eventual procedência da Denúncia.

Além disso, o procedimento licitatório poderá ser reavaliado, considerando os demais critérios de regularidade, no processo referente ao controle posterior.

Por último, em consulta ao sistema desta Corte de Contas não foi localizado o envio do processo para fiscalização perante esta Corte de Contas, fazendo-se necessária, conforme sugerido pelo *parquet,* a determinação de remessa dos documentos para exame integral da licitação.

Diante do exposto, por vislumbrar a presença de perigo de dano inverso, tenho pelo arquivamento do presente feito pela perda de objeto, impondo-se a remessa dos documentos licitatórios e atos decorrentes, de modo integral, para fiscalização deste Tribunal, como medida para melhor atender o caso concreto.

São as razões do voto.

DISPOSITIVO

III – DO VOTO

Subsidiado pela análise da equipe técnica e acolhendo o parecer do Ministério Público de Contas, voto:

1**.** Pelo **ARQUIVAMENTO** do presente processo de **DENÚNCIA** formulada por Brasiluz Eletrificação e Eletrônica LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada à f. 2, tendo como denunciada a Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos de Mato Grosso do Sul – AGESUL, nos termos do art. 127, I, do Regimento Interno desta Corte de Contas, ante a perda superveniente do objeto;

2. Pela **DETERMINAÇÃO** para que o atual gestor da AGESUL – *Sr. Mauro Azambuja Rondon* - encaminhe todos os documentos relativos à Tomada de Preços n. 9/2021, e a formalização contratual decorrente, para autuação nesta Corte de Contas, no prazo de 60 (sessenta) dias, em cumprimento de deliberação, sob pena multa por descumprimento de decisão;

3. Pela **INTIMAÇÃO** da empresa denunciante e da AGESUL quanto aos termos do presente julgamento, de acordo com o art. 50, I, da Lei Complementar n. 160/2012, **afastando-se o sigilo imposto ao processo**, pois não subsistem razões legais para sua manutenção.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pelo arquivamento denúncia, pela determinação ao atual gestor, e pela intimação, afastando-se o sigilo imposto ao processo.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro, Flávio Kayatt e os Exmos. Srs. Conselheiros-Substitutos Patrícia Sarmento dos Santos e Célio Lima de Oliveira.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 12 de junho de 2024.

Conselheiro-Substituto **LEANDRO LOBO RIBEIRO PIMENTEL**

Relator (Ato convocatório n. 02/2023)

GLX/MFGM