ACÓRDÃO - AC00 - 1176/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/5874/2017
PROTOCOLO	: 1798053
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE MARACAJU
JURISDICIONADO	: MAURÍLIO FERREIRA AZAMBUJA
DENUNCIANTE	: AUTO VIAÇÃO MILLENIUM LTDA.
ADVOGADOS	: PAULO VICENTE JORDÃO MEDINA – OAB/SP 218.231; MARCELO GONÇALVES ROSA – OAB/SP 171.728 E OUTROS.
RELATOR	: CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONCORRÊNCIA – CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO RURAL – EXIGÊNCIA DO EDITAL – COMPROVAÇÃO DE IDONEIDADE E CAPACIDADE FINANCEIRA ATESTADA POR DOIS ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS – ILEGALIDADE – AUSÊNCIA DA CORRETA COMPOSIÇÃO DOS CUSTOS UNITÁRIOS – IRREGULARIDADES COMPROVADAS – RESCISÃO CONTRATUAL – AUSÊNCIA DE EXECUÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DANOS AO ERÁRIO PÚBLICO – NÃO APLICAÇÃO DE MULTA – PROCEDÊNCIA PARCIAL – DETERMINAÇÃO – QUEBRA DE SIGILO.

1. É ilícita a exigência do edital para a comprovação, por parte dos licitantes, de idoneidade e capacidade financeira atestada por dois estabelecimentos bancários. Os limites referentes à habilitação estão previstos em rol taxativo pelo artigo 27 e seguintes da Lei n.º 8.666/93, o qual, dado o seu caráter de norma restritiva, apto a consagrar os princípios da igualdade e competitividade, não pode ser ampliado por normais regionais.
2. A ausência da correta composição dos custos unitários, em certames objetivando a concessão de transporte de passageiros, impede uma adequada formulação das propostas pelos licitantes.
3. O desrespeito aos critérios formais exigidos constitui motivo para a declaração de irregularidade do procedimento licitatório, cuja nulidade induz à do contrato administrativo dele decorrente.
4. Afasta-se a aplicação de multa diante da adoção de conduta pela Administração Municipal impedindo a ocorrência de danos concretos ao erário público, sendo cabível a determinação ao atual Prefeito e aos responsáveis pelas licitações, em concessões públicas, para que observem a correção e prevenção das impropriedades identificadas, especialmente no que diz respeito à regularidade das exigências para habilitação e na decomposição dos custos unitários envolvendo o objeto.
5. Procedência parcial da denúncia.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Reservada Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 26 a 29 de outubro de 2020, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela **procedência parcial** da Denúncia, com os efeitos práticos de: 1) declarar a

irregularidade do procedimento licitatório realizado na modalidade Concorrência n.º 01/2017 (1ª fase); e da formalização do Contrato Administrativo n.º 68/2017 (2ª fase), celebrado entre o Município de Maracaju e a empresa S&R Gold LTDA, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, incisos I e II, do RITCE/MS; 2) **determinar** ao atual Prefeito de Maracaju, Sr. **Maurílio Ferreira Azambuja,** bem como aos próximos eventuais responsáveis pelas licitações em concessões públicas, para que observem a correção e prevenção das impropriedades identificadas, especialmente no que diz respeito à regularidade das exigências para habilitação e na decomposição dos custos unitários envolvendo o objeto; 3) pela **intimação** do resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, bem como à empresa denunciante **Auto Viação Millenium LTDA.,** com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012; 4) pela **baixa do sigilo processual imposto.**

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Cuida-se de **DENÚNCIA** oferecida pela empresa *AUTO VIAÇÃO MILLENIUM LTDA.*, na qual noticia a prática de eventuais irregularidades no procedimento de licitação Concorrência n.º 01/2017, celebrada pela Prefeitura Municipal de Maracaju, objetivando a concessão do serviço público de transporte coletivo rural de passageiros.

Depreende-se das informações iniciais extraídas da petição vestibular que as irregularidades ventiladas consistem: *i) ausência de informações mínimas para a formulação das propostas; ii) informações conflitantes entre os próprios itens do Edital, especificamente quanto à relação entre a capacidade dos veículos e o número de passageiros; iii) ausência de clareza sobre o critério de julgamento das propostas; e iv) exigências ilegais à habilitação dos licitantes.*

Devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, a Denúncia foi processada e distribuída para esta Relatoria.

Impende relatar que a reportada Concorrência, bem como o Contrato Administrativo dela decorrente, foi autuada ordinariamente nesta Casa, sob o TC/MS/17323/2017.

Ante a duplicidade de procedimentos envolvendo a mesma licitação, a então Conselheira Relatora determinou nos autos da contratação pública (TC/MS/17323/2017) o seu apensamento ao presente Processo, conforme se observa do Despacho DSP-G.MJMS-32792/2017.

A partir disso, percebe-se que o julgamento desta Denúncia recairá sob o mérito da Concorrência n.º 01/2017 e do Contrato Administrativo n.º 68/2017, cujo objeto é a outorga de concessão para exploração de serviços de transporte coletivo rural de passageiros, compreendendo a linha 'H', constante do Decreto Municipal n.º 185/2003.

A 6ª Inspetoria de Controle Externo realizou inspeção *in loco* para apurar os fatos investigados, sintetizando seus achados no Relatório RDI – 123/2017, com as seguintes conclusões: *i) ausência de interesse público na prestação do serviço; ii) exigência irregular para a habilitação dos licitantes; iii) ausência de informações elementares para a formulação das propostas; iv) indevida exclusão de licitante na sessão pública.*

Com o devido transcorrer regimental, os autos foram encaminhados à Divisão de Licitações e Contratações Públicas, que emitiu sua Análise ANA – 2387/2020, amparada nos argumentos lançados no relatório de inspeção acima descritos, pela ***irregularidade*** do procedimento licitatório e do consequente contrato administrativo.

Por sua vez, o Ilustre representante Ministerial, em seu Parecer PAR – 3ª PRC – 3212/2020, sob a idêntica argumentação sustentada pela equipe técnica, opinou pela ***procedência*** da denúncia, com a declaração de irregularidade dos atos em julgamento e sua respectiva consequência sancionatória.

O feito foi saneado e o Gestor, regularmente intimado em três oportunidades, acostou sua defesa às peças 26/28, 37, 43/44, átimo em que justificou a inclusão de cláusula editalícia para habilitação com base em Lei Municipal, bem como informou a exclusão da linha de transporte ora licitada; e a rescisão amigável da Avença Administrativa sem que houvesse a execução de quaisquer atos contratuais executivos.

Os autos vieram-me conclusos para apreciação.

Considerando tratar-se de julgamento simultâneo de processos, cujo qual se refere, um deles, a autuação regimental ordinária (TC/MS/17323/2017 – apensado), em observância ao comando inserto no artigo 112, inciso III, do RITCE/MS, **declaro** encerrada a instrução processual relativa às 1ª e 2ª fases da contratação pública.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Conforme consta dos autos, o mérito denunciado compreende a regularidade do procedimento licitatório – Concorrência n.º 01/2017 – e do Contrato Administrativo n.º 68/2017.

Ab initio, há um ponto inaugural carecedor de esclarecimento.

Observa-se do teor dos documentos apresentados aos autos, que as partes contratantes, após toda a série de fatos conflitantes surgidos na fase de licitação, optaram pela consensual resilição do ajuste, como se vê do Termo de Rescisão ao Contrato Administrativo n.º 68/2017, publicado no Diário Oficial do Município[1].

Adequando a casuística acima às normas regimentais desta Casa e à Lei n.º 8.666/93, denota-se que a rescisão do contrato, ainda que corroborada pela ausência de atos executivos, não impede o enfrentamento do mérito ventilado, isso porque, tanto a licitação quanto o contrato dela decorrente foram perfectibilizados, de modo que, juridicamente, são atos jurídicos perfeitos.

Diferente, por exemplo, seria o caso da Administração, anteriormente à assinatura do Contrato, revogar a licitação, hipótese em que estaria acobertada pela

[1] *Diário Oficial do Município de Maracaju, n.º 1555, publicado em 23 de setembro de 2019.*

norma descrita no artigo 64, §2º, da Lei n.º 8.666/93[2], e que, dentro do aspecto regimental/processual adotado por esta Corte, provocaria à perda do objeto dos fatos ora investigados.

No caso dos autos, porém, a licitação foi levada a cabo, motivo pelo qual o mérito que a envolve será agora apreciado, com a evidente ressalva de que a postura empregada na rescisão do contrato, antes mesmo do início de sua execução, impediu a ocorrência de danos concretos ao erário municipal, e, portanto, será considerada na fixação de eventuais penalidades.

Passo ao mérito propriamente dito.

Por meio da documentação juntada, constata-se que os requisitos legais vigentes não foram devidamente cumpridos para a regularidade da matéria relativa à Licitação Pública.

Segundo muito bem apontou o denunciante, o item 10.1.3 do edital previu que os licitantes deveriam comprovar idoneidade e capacidade financeira atestada por dois estabelecimentos bancários.

O jurisdicionado sustenta que a presente cláusula obedeceu aos ditames da Lei Municipal n.º 907/1988, cuja qual possibilita a inclusão de tais requisitos para a habilitação em licitações públicas promovidas pela Entidade.

Não assiste razão à defesa. O Jurisdicionado não pode exigir dos licitantes encargos e formalidades alheios àqueles impostos pela legislação, sob pena de violar, sobremaneira, o caráter competitivo inerente aos certames licitatórios.

Conforme a constitucional repartição de competências, compete à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (artigo 22, inciso XXVII, da CF/88), e ela assim o fez, por meio da Lei n.º 8.666/93. Por mais que remanesça a possibilidade do legislador local prever normas de cunho específico, lhe é vedado inovar no que concerne aos requisitos habilitatórios.

Os limites referentes à habilitação foram previstos em rol taxativo pelo artigo 27 e seguintes da Lei n.º 8.666/93, razão porque, dado o seu caráter de norma restritiva, apto a consagrar os princípios da igualdade e competitividade, não pode ser ampliado por normais regionais.

Não é outro o caminho trilhado pela consolidada jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

> *É ilegal a exigência de comprovação, para fim de qualificação técnico-profissional, de tempo de experiência ou de exercício em função dos profissionais a serem disponibilizados pela licitante para a execução do objeto, porquanto o rol de exigências de habilitação previsto na Lei 8.666/1993 é*

[2] *É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.*

> *taxativo. (TCU, autos n.º 029.462/2016-9, Plenário - Acórdão 134/2017, Rel. Benjamin Zymler)*

A propósito, exatamente nesse sentido, proferi a recente Decisão Liminar DLM – 37/2020, lançada ao TC/MS/4030/2020, para o fim de suspender edital de licitação eivado de ilegalidade na imposição de exigências para a habilitação.

Dando prosseguimento ao feito, infere-se que a licitação em voga deixou de fornecer elementos indispensáveis à formulação das propostas.

Em seu competente relatório de peça 06, a Equipe Especializada atestou que o instrumento convocatório prevê tão somente valores de tarifa mínimo (R$ 16,80) e máximo (R$ 24,05), para a linha a ser licitada.

Inexiste, entretanto, informações mínimas que possibilitassem aos interessados uma correta individualização e adequação de suas propostas, tais como orçamentos detalhados em planilhas, com a composição analítica dos custos unitários do serviço.

A Lei n.º 8.987/95, que regulamenta às concessões de serviços públicos, dispõe em seu artigo 14[3] que as licitações para este fim observarão a legislação correspondente, qual seja, a Lei n.º 8.666/93.

Logo, não remanesce dúvidas que os serviços públicos somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, como legalmente dispõe o artigo 7º, §2º, do Estatuto Geral, vejamos:

> *Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:*
>
> *(...)*
>
> *II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;*
>
> *(...)*

Assim, a ausência da correta composição dos custos unitários, em certames objetivando a concessão de transporte de passageiros, impede uma adequada formulação das propostas pelos licitantes.

Quanto à sustentada ausência de interesse público no objeto licitado, não assiste razão à divisão técnica, em virtude de inexistir, nos autos, elementos aptos a comprovar conduta desviante praticada pelo administrador.

---

[3] *Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.*

A configuração deste tipo de irregularidade depende, substancialmente, da comprovação do desvio de finalidade perpetrado pelo gestor, tal qual, por sua vez, só pode ser perquirido através da análise do elemento subjetivo do dolo.

Neste particular, não cabe ao Tribunal de Contas julgar pessoas, não perquirindo a existência de ato doloso desviante de finalidade pública. O que ele faz é o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização.

Assim, a Corte de Contas, ao exercer suas atribuições, não analisa a existência ou não de ato doloso, não a impedindo, por evidente, de reconhecer tal conduta quando flagrantemente comprovada nos autos, o que, como acima fundamentado, não é o presente caso.

Ato contínuo, evidencia-se que tendo havido o julgamento de irregularidade da concorrência pública, não há como se chancelar o contrato administrativo dela decorrente, nos termos do artigo 49, §2º, da Lei n.º 8.666/93[4].

Destarte, ante o desrespeito aos critérios formais exigidos, a declaração de irregularidade do procedimento licitatório, e do sobrevindo contrato administrativo, é medida que se impõe.

Por fim, conforme explanado no início do voto, a postura consubstanciada na rescisão do contrato, antes mesmo do início de sua execução, deve ser levada em consideração na aplicação das sanções.

O artigo 22 da LINDB, cujo teor modernizou, enfaticamente, a forma de se pensar às decisões judiciais e administrativas, definindo os critérios e diretrizes na interpretação das normas sobre direito público para, mais precisamente, atribuir culpabilidade do agente e aplicação de sanções.

Segundo ela, em decisão sobre regularidade de conduta devemos pautar as circunstâncias práticas condicionadas às ações do agente, enquanto para a aplicação de sanção deverá ser considerada a natureza e gravidade da sanção:

> *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.*
>
> *(...)*
>
> *§ 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.*
>
> *GRIFEI*

Portanto, verifica-se que a conduta adotada pela Administração Municipal

[4] *A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.*

impediu, eficazmente, a ocorrência de danos concretos ao erário público, razão porque, embora não rechace a irregularidade da licitação, afasta a necessidade de aplicação de multa pecuniária no caso em concreto.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, a teor do que dispõe os artigos 129, inciso I, alíneas 'a' e 'b', e 130, ambos do RITCE/MS, acompanhando em parte o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de **JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE A DENÚNCIA**, com os efeitos práticos de:

1) declarar a **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório realizado na modalidade Concorrência n.º 01/2017 (1ª fase); e da formalização do Contrato Administrativo n.º 68/2017 (2ª fase), celebrado entre o Município de Maracaju (CNPJ: 03.442.597/0001-12) e a empresa S&R Gold LTDA (CNPJ: 09.462.921/0001-40), nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 121, incisos I e II, do RITCE/MS;

2) **DETERMINAR** ao atual Prefeito de Maracaju, Sr. Maurílio Ferreira Azambuja, bem como aos próximos eventuais responsáveis pelas licitações em concessões públicas, para que observem a correção e prevenção das impropriedades identificadas, especialmente no que diz respeito à regularidade das exigências para habilitação e na decomposição dos custos unitários envolvendo o objeto;

3) pela **INTIMAÇÃO** do resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, bem como à empresa denunciante Auto Viação Millenium LTDA (CNPJ: 03.209.735/0001-18), com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012;

4) pela **BAIXA** do sigilo processual imposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, nos termos do voto do relator, pela procedência parcial da Denúncia, declarando a irregularidade dos atos, com determinação ao atual prefeito e responsáveis, e intimação do resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, bem como à empresa denunciante e pela **baixa** do sigilo processual imposto.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Flávio Kayatt.

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

Campo Grande, 29 de outubro de 2020.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

MSS/dssm