ACÓRDÃO - AC00 - 1659/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/7954/2017
PROTOCOLO	: 1811233
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE AQUIDAUANA
DENUNCIANTE	: LLIMA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
JURISDICIONADO	: ODILON FERRAZ ALVES RIBEIRO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – VÍCIOS NO EDITAL – ANULAÇÃO – SÚMULA 347 DO STF – PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA – PERDA DO OBJETO – ARQUIVAMENTO.

Verificada a anulação do Edital (e notoriamente do Pregão nele previsto), pela administração, amparada pelos efeitos da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, que consagra o princípio da autotutela administrativa, ocorrendo a perda do objeto processual, determina-se o arquivamento dos autos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 6 de outubro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, lido pela Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos, nos termos do art. 83,III, “b”, do Regimento Interno do TCE-MS, pelo **arquivamento** do processo, acolhendo a proposição do representante do Ministério Público de Contas e com a observância das regras dos arts. 17, VI, **a**, 129, I, **b** e **c**, e 186, V, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 19 de dezembro de 2018)**,** e pela **comunicação** do resultado do julgamento ao Prefeito Municipal de Aquidauana, Sr. Odilon Ferraz Alves Ribeiro, e à empresa LLima Comércio e Serviços Ltda., denunciante, (Contato: Luis Moreira de Lima, e-mail luislima@llima.com.br), cuja comunicação deve ser feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012; determinando a **quebra do sigilo processual** (peça 20).

Campo Grande, 6 de outubro de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria em exame compreende originariamente a ***"DENÚNCIA COM PEDIDO DE LIMINAR"*****,** apresentada pela empresa LLima Comércio e Serviços Ltda., CNPJ-01.682.110/0001-43, sediada nesta Capital, *"em face de atos praticados pelos Senhores* ***ODILON FERRAZ ALVES RIBEIRO****, Prefeito Municipal* (...) *e* ***RANULFO ALVES DE MENEZES****, Presidente da Comissão Permanente de Licitações* (...)**"** de Aquidauana, por meio da qual foram expostas razões e firmados como pedidos principais a suspensão liminar do Pregão Presencial n. 38, de 2017, e a determinação deste Tribunal para que ele fosse modificado com a adequação do enunciado do seu subitem **7.1.3**. do item **7,** que tratava da documentação relativa à Qualificação Técnica**.**

Os conteúdos básicos das razões expostas na denúncia foram parcialmente sintetizados no DESPACHO DSP-G.JRPC-1387/2017, pelo então Conselheiro relator José Ricardo Pereira Cabral (peça 4, fls. 62-66), o que torna a repetição desnecessária**.**

Mas vale lembrar, que em decorrência da admitida denúncia o referido Conselheiro deferiu, em juízo de cognição sumária, a tutela provisória inscrita no seu Despacho, com o seguinte teor**:**

> ***"***(...)
>
> ***"****Assim* (...)*,* ***aplico liminarmente*** *– com fundamento nas regras* (...) *–* ***medida cautelar****, para:*
>
> ***I -*** *suspender* (...) *a realização do Pregão Presencial n. 38, de 2017* (...) *marcada para o dia 18 de maio de 2017, às 8h, até que, conforme o caso:*
>
> (...)*;*
>
> ***II -*** *a Administração municipal* (...) *efetive a correção do subitem* ***2.1****, da* ***"CLÁUSULA SEGUNDA - DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS"****, integrante do* ***"ANEXO II, MINUTA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS"*** (...)*, bem como em qualquer outro local da documentação relativa ao procedimento licitatório ou à contratação, os termos* ***"serviços fúnebres e correlatos"****, pela sua absoluta impropriedade.*
>
> *E em consequência da aplicação da medida cautelar* (...)*,* ***DETERMINO*** *ao Cartório deste Tribunal, que:*
>
> ***I - intime*** (...) *o Prefeito Municipal* (...) *e o Presidente da Comissão Permanente de Licitações* (...)*, para que eles* (...) *prestem as informações e apresentem as justificativas, os documentos e os fundamentos que entenderem úteis, bem como os que sejam imprescindíveis ou necessários para que sejam esclarecidas ou respondidas todas as questões suscitadas pela denunciante, bem como as*

considerações firmadas adicionalmente neste Despacho;

(...)***."***

Assim que intimado (peças 5, 6 e 7, fls. 67-70)**,** o Sr. Odilon Ferraz Alves Ribeiro, Prefeito Municipal, externou sua manifestação por meio do titular da Gerência Municipal de Administração, Sr. Euclides Nogueira Júnior (peça 8, fls. 71-81)**,** que contestou as razões e os fundamentos denunciatórios, transcreveu o amplo (e diversificado) objeto social da empresa denunciante (extraído do contrato social) e citou alguns julgados que entendeu desfavoráveis a ela**.**

E como foram abordados temas compreendidos no âmbito da Engenharia, o então Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral determinou a remessa dos autos à Inspetoria anteriormente denominada de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente-IEMA, para a análise e a manifestação cabíveis (peça 10, fl. 83)**.**

E naquela IEAMA foi formalizada a ANÁLISE ANA-IEAMA-13132/2017 (peça 11, fls. 84-89), na qual o analista autor se manifestou nos seguintes termos**:**

"(...)

Em relação à necessidade de profissional engenheiro habilitado no sistema CREA/CONFEA para desenvolver atividade relativa aos serviços de instalação e manutenção de equipamentos de ar-condicionado, a denunciante traz aos autos as alegações que são atividades exclusivas de Engenheiro Mecânico ou Técnico em Refrigeração.

(...)

A Prefeitura Municipal se defende com a premissa de que os serviços contratados são comuns, e não necessitam de profissional inscrito no sistema CREA/CONFEA (...)*.*

Em análise ao Edital da licitação em questão, restou consubstanciado que:

3.1 – O Termo de Referência - Anexo I (fls. 43-45), ***confunde serviços de manutenção preventiva com serviços de manutenção corretiva e com instalação de equipamentos novos****.*

O item 1 – ***trata da instalação de equipamento do tipo Janela, no entanto, não informa quem seria o responsável pela aquisição do equipamento****.*

Os itens 2, 3, 4 e 5 – tratam da instalação de equipamentos do tipo SPLIT. ***No entanto, não resta claro quem será o responsável pela aquisição dos aparelhos, e tampouco especifica sobre as instalações acessórias como a linha de gás, tubulações de cobre, ou outro tipo de serviços necessário para o seu correto funcionamento.***

Os itens 7, 8, 9 e 10 – tratam de serviços de manutenção preventiva com limpeza dos equipamentos.

Os demais itens são serviços de manutenção corretiva, com a atuação da contratada nos dispositivos inoperantes. ***No entanto, não há a especificação de quem será o responsável pela aquisição de peças e insumos. Por exemplo, é sabido que não é interessante o reparo de compressores defeituosos desses equipamentos. Em muitos casos, é necessária a reposição do compressor ou a aquisição de um novo equipamento de ar-condicionado.***

Diante dessa análise, é possível concluir que a municipalidade elaborou um termo de referência deficiente que não expressa quais são as responsabilidades da futura contratada e tampouco especifica as responsabilidades da Contratante*.*

Ademais, quando se insere a instalação de equipamentos do tipo SPLIT é necessário que este serviço de engenharia seja acompanhado de profissional sob a responsabilidade do sistema CREA/CONFEA.

Senão vejamos, para a instalação do Split deve-se informar uma altura máxima, um comprimento máximo, os requisitos para que não haja um superaquecimento da fiação, sub-dimensionamento da capacidade térmica, em suma exige conhecimentos técnicos além do trivial.

Somente esse profissional é que poderá deliberar sob a técnica adequada em conformidade com as normas de segurança desses equipamentos. *Portanto, medida cautelar da Administração Pública* ***é exigir o acompanhamento de um profissional legalmente habilitado, de forma que afaste a responsabilidade civil do Gestor Público de um eventual sinistro.***

A Lei 10.520/2002 ***define com pouca precisão os serviços comuns, mas nos termos da Jurisprudência do TCU, são serviços padronizáveis com técnica bem conhecida, mesmo que o leigo não possa aferir, mas que as empresas do setor sejam familiarizadas****.*

No entanto, ***caso a municipalidade deseje contratar somente serviços comuns, que o faça somente com serviços de manutenção preventiva e corretiva, desde que estabeleça com suficiência seus Termos de Referência, de modo que as empresas interessadas possam cotar os preços de acordo com o interesse público.***

Dessa forma, assiste razão a ambas as partes. No entanto, há que se retificar o Termo de Referência, anexo do Edital da licitação por conter vícios insanáveis.

3.2 – ***O Termo de Referência - Anexo I (fls. 43-45) não trata da localização dos equipamentos a serem mantidos, somente do quantitativo, outro fator não constatado no Termo de Referência. Tampouco apresenta o rol de Fundações, Autarquias e Gerências da municipalidade. Aliás, causa estranheza a municipalidade licitar serviços de manutenção em entidades da Administração Indireta – pessoas jurídicas distintas da municipalidade, sem a devida justificativa.***

3.3 – ***O Termo de Referência - Anexo I (fls. 43-45), não há preço de***

> ***referência da administração pública, o que pressupõe a ausência de pesquisa de preços válida para o certame, em franca dissonância com o estabelecido no §1º do Art. 15 da Lei 8666/93.***
>
> *3.4 –* ***Ausência da minuta de contrato, conforme se extrai do objeto da licitação, conforme Cláusula 1.1 do Edital de Licitação, fl. 17. O que causa insegurança jurídica aos proponentes adjudicatários.***
>
> ***4 – DA CONCLUSÃO***
>
> ***Diante de todo o exposto, verificou-se que, de um lado, assiste razão ao denunciante****, visto que a municipalidade inseriu serviços de instalação de sistema de ar condicionado do tipo SPLIT, que requer profissional técnico especializado legalmente habilitado nos termos da Lei Federal nº 5.194/64, o qual se escapa do rol de serviços comuns de engenharia.*
>
> *Em que pese não ser objeto da presente denúncia, mas pelas competências desta Corte de Contas,* ***cumpre ressaltar que o Edital de Licitação padece de vícios insanáveis, visto que inexiste grau de detalhamento adequado e preciso do objeto a ser contratado, ausência de preços unitários, ausência da localização dos equipamentos a serem mantidos. E de acordo com o estabelecido pelo Art. 49 da Lei 8666/93, a administração deverá anular ou retificar a presente licitação, para que as restrições aqui elencadas sejam sanadas****.*
>
> (...)***.”***
>
> (Nota**:** exceto no caso do título **“*4 – DA CONCLUSÃO*”**, os demais negritos foram adicionados).

Encaminhados os autos ao Ministério Público de Contas, o seu representante emitiu o PARECER PAR-2ª PRC-10058/2017, no qual opinou por uma nova intimação ao Prefeito Municipal, para manifestação sobre as irregularidades apontadas pelo analista da IEAMA (peça 12, fls. 90-92)**.**

Feita a intimação (INT-G.JRPC-15398/2017, peças 13, 14 e 15, fls. 93-95), o Sr. Odilon Ferraz Alves Ribeiro, Prefeito Municipal, encaminhou a este Tribunal a comunicação da “anulação” do processo relativo ao Edital de Licitação do Pregão Presencial n. 38/2017 (Ofício n. 144/2017, peça 17, fl. 98) e as cópias dos documentos das fls. 99 (publicação)**,** 100 (*“Despacho de Anulação de Licitação”*)**,** 101 (*“Comunicação de Arquivamento”*) e 102 (*“Termo de Encerramento de Processo Licitatório”*), todos integrantes da peça 17**.**

Efetivada a derradeira manifestação do Ministério Público de Contas, o seu Procurador de Contas emitiu o PARECER PAR-1ª PRC-1737/2018 (peça 18, fls. 103-107), no qual citou regras legais e jurisprudência apropriadas, teceu considerações e ao final opinou pelo ***“arquivamento do processo*** (...)*, em razão da não comprovação da ocorrência de ilícito”***.**

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, cumpridas as prescrições dos arts. 128, *caput*, III, e § 3º, 129, II, e 130 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018), constato que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual para a formulação do meu voto.

Quanto ao mérito da matéria, começo por acompanhar as derradeiras razões e fundamentos do Procurador de Contas, no sentido do arquivamento do processo.

E isso basicamente porque, após intimado para se manifestar sobre os vícios existentes no *"EDITAL DE PREGAO PRESENCIAL N.º 38/2017"* – conforme os apontamentos feitos especialmente na ANÁLISE ANA-IEAMA-13132/2017 –, o Prefeito Municipal anulou o processo relativo ao referido Edital, ou seja, anulou o programado Pregão Presencial, e bem o fez porque estava amparado pelos efeitos da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, afirmativa de que:

> A **administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais**, porque deles não se originam direitos**; ou revogá-los,** por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Como visto, a referenciada Súmula consagrou o princípio da autotutela administrativa, firmando a tese de que a Administração Pública pode exercer o controle sobre seus próprios atos, tendo a possibilidade jurídica de anular os ilegais e de revogar os inconvenientes ou inoportunos.

Todavia, ainda que da denúncia tenha ocorrido a anulação do programado Pregão Presencial n. 38/2017– em face do detalhamento técnico e dos acréscimos feitos pelo diligente analista da anteriormente denominada Inspetoria de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente-IEAMA –, não posso deixar de analisar outros pontos de interesse para melhor fundamentar a solução da matéria processada.

Assim, transcrevo parte da manifestação do representante do Ministério Público de Contas (peça 18, fls. 103-107), que por sua vez acrescentou trechos de julgamento realizado pelo TCU, conforme os seguintes enunciados:

> *"Impende ressaltar, de início, que a anulação da licitação não ocasiona a perda do objeto desta Denúncia, nem afasta a necessidade de penalização dos agentes públicos que, antes do seu desfazimento, tenham praticado atos ilegais ou ilegítimos, levando em consideração, principalmente, os efeitos concretos deles decorrentes.*

Neste sentido, o entendimento E. TCU, no TC 004.010/2000-5, relatado pelo Ministro Adylson Motta, cujo voto estabeleceu de forma inequívoca a pertinência da continuidade de um processo de representação em contexto fático análogo ao tratado nos presentes autos:

'*[...] Em casos como o que ora examinamos, a preocupação desta Corte nem se volta precipuamente para a invalidação de ato administrativo contrário ao Direito nem com ela se contenta quando eventualmente efetivada. É que, a par desse específico propósito - que, certamente, prescindiria da nossa atuação se antes alcançado por medida de iniciativa da própria Administração -,* ***uma vez instaurado validamente um processo de Representação, a atuação do TCU se desvincula da iniciativa daquele que o provocou, passando este Tribunal fundamentalmente a perseguir a tutela dos indisponíveis interesses públicos*** *(...)* ***em causa. Concretamente, isso significará a persecução de, pelo menos, dois outros objetivos que nada têm a ver com a anulação ou revogação do ato impugnado: de um lado, o necessário exame da responsabilidade do agente público que, anteriormente ao seu desfazimento, praticara o ato ilegal ou ilegítimo, principalmente tendo em conta os efeitos concretos dele decorrentes; e, de outro lado, o relevante efeito preventivo de orientação aos demais agentes públicos quanto ao entendimento do TCU acerca daquele tema.*** *No caso em exame, com respeito ao primeiro desses dois objetivos, penso que, ponderados o desvalor da irregularidade praticada e as consequências que dela advieram, não seria sequer razoável empreender qualquer medida tendente à apuração de responsabilidades ou, menos ainda, à imputação de qualquer penalidade a algum agente público. Aliás, apenas por essa razão é que nem se cogitou aqui da audiência dos responsáveis pela prática do ato. Todavia, quanto ao segundo objetivo, penso que deverá sempre ser prestigiado no âmbito desta Corte. [...]'***.**

"*Em decisão mais recente, o E. TCU reforçou essa tese, conforme se pode observar do Acórdão 781/2006 - Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, no processo TC 013.022/2005-6. Veja-se:*

'*REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIA. REVOGAÇÃO DE OFÍCIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES.* ***A revogação de ofício de licitação cujos procedimentos são considerados irregulares pelo Tribunal não impõe, por si só, a perda de objeto da Representação formulada****, nem impede a expedição de determinações no sentido de que outras irregularidades semelhantes sejam evitadas em procedimentos futuros'****."***

Portanto, é certo que a anulação de licitação programada ou realizada não exaure o julgamento de denúncia ou representação**.**

Mas no caso, o ato de anulação do *"EDITAL DE PREGAO PRESENCIAL N.º 38/ 2017"**,*** ou seja, do programado Pregão Presencial, não enseja a necessidade de

exame ou julgamento específicos, ou de prévio procedimento administrativo [1], visto que até a referida anulação, ou por consequência da própria anulação, não houve a interposição de recurso local ou o aproveitamento patrimonial indevido de agente público, assim como não foi produzido efeito que causasse dano ao erário ou prejuízo à empresa denunciante ou a qualquer outra pessoa física ou jurídica.

Isso significa dizer, que as condutas que a tempo corrigiram os rumos de agentes da Administração municipal caracterizou circunstância (fator material) atenuante, que deve compor as ponderações de desvalor das deficiências e irregularidades apuradas nas prescrições do Edital de licitação lançado.

E no mesmo sentido, não seria razoável imputar responsabilidade e aplicar a consequente sanção a agentes da Administração local, diante da diminuta lesividade jurídica dos atos praticados e de nenhum resultado danoso a pessoa física ou jurídica, ente ou órgão público, observado o disposto nos arts. 20 e 22, § 2º, do Decreto-Lei n. 4.657, de 1942 (*"Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro-LInDB"*), incluídos pela Lei/fed. n. 13.655, de 2018.

Em suma, pode ser até entendido que do todo ocorreu a final perda do objeto da denúncia pelo ato de anulação do Edital (e notoriamente do Pregão nele previsto). E ainda que o ato de anulação tenha sido orientado e não totalmente voluntário, é inquestionável que ele evitou a tempo uma série de consequências deletérias posteriores, em diversos aspectos.

Desse modo, ao expurgar do "*mundo jurídico*" o Edital lançado, o Prefeito Municipal de Aquidauana deu efetividade ao cumprimento da ordem jurídica.

DISPOSITIVO

Tudo relatado e examinado, **voto** nos sentidos:

I - do arquivamento do processo, acolhendo a proposição do representante do Ministério Público de Contas e com a observância das regras dos arts. 17, VI, ***a***, 129, I, ***b*** e ***c***, e 186, V, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 19 de dezembro de 2018);

II - da comunicação do resultado do julgamento ao Prefeito Municipal de Aquidauana, Sr. Odilon Ferraz Alves Ribeiro, e à empresa LLima Comércio e Serviços Ltda., denunciante, CNPJ-01.682.110/0001-43, sediada nesta Capital (Contato: Luis Moreira de Lima, e-mail luislima@llima.com.br), cuja comunicação deve ser feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

[1] "Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; **porém, se de tais atos já tiverem decorrido efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo**." (RE 594.296, rel. Min. Dias Toffoli, DJE 146 de 13-2-2012, Tema 138)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em determinar o arquivamento do processo, com a quebra do sigilo processual.

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

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt, substituído em sessão pela Conselheira-Substituta Patrícia Sarmento dos Santos, nos termos do art. 83,III, “b”, do Regimento Interno do TCE-MS.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 6 de outubro de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

MSS / VAB/dssm