ACÓRDÃO - AC02 - 523/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/12532/2018
PROTOCOLO	**:** 1944364
TIPO DE PROCESSO	**:** PROCEDIMENTO LICITATÓRIO / ATA DE REGISTRO DE PREÇOS
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPORA
JURISDICIONADO/ INTERESSADO	**:** 1. MARCOS ANTONIO PACO; 2. MICHEL CORDEIRO YAMADA – OAB/MS 8.311
INTERESSADO	**:** ADEILDO GOMES DOS SANTOS – ME
VALOR	**:** R$ 82.800,00
RELATOR	**:** CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SOM VOLANTE (MOTO) – FORMALIZAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – AUSÊNCIA DE ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR – FRAGILIDADE DA PESQUISA DE PREÇOS – PARECER JURIDICO *PRO FORMA* – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DO FISCAL DO CONTRATO – IRREGULARIDADE – MULTA – RECOMENDAÇÃO.

1. As licitações objetivando a aquisição de produtos devem ser desenvolvidas de forma a fornecer uma visão global do objeto (unidades e quantidades, identificando todos os elementos constitutivos com clareza). A ausência do estudo técnico demonstrando, de forma precisa, as localidades da prestação dos serviços, rotas e a quantidade de horas, que não permite ao gestor ter a referência de preços precisos, impossibilitando uma negociação eficaz, redução de preços e seleção da proposta mais vantajosa, demonstra irregularidade na condução da licitação.

2. A emissão de parecer jurídico *pro forma,* falho em constatar a ausência de estudo técnico preliminar, nos termos do art. 15, § 7º, e art. 40, § 2º, da Lei 8.666/93, permitindo que o termo de referência apenas demonstrasse os valores médios dos serviços, um dubitável número de horas, sem rotas, elementos imprescindíveis para um procedimento hígido e eficaz, deve ser considerada como irregularidade, atraindo consequente responsabilização do parecerista.

3. A ausência de designação do fiscal do contrato, conforme dispõe a lei de licitações (art. 67 da Lei 8.666/93), caracteriza impropriedade que deve ser ressalvada com a respectiva recomendação ao gestor.

4. As infrações às normas legais aplicáveis, em razão da fragilidade da pesquisa de preços, do parecer jurídico *pro forma* e da ausência de designação de fiscal, resultam na declaração de irregularidade do procedimento licitatório, assim como da ata de registro de preço dele decorrente, e na aplicação de multa solidária ao responsável e ao parecerista, além da recomendação cabível, afim de prevenir que impropriedades semelhantes ocorram no futuro, concernentes à realização de pesquisa de preços precisa e sistemática que evidencie o preço praticado no mercado, à emissão de parecer jurídico que efetivamente analise as cláusulas da minuta do edital e anexos e à designação do fiscal do contrato em procedimentos similares.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 18ª Sessão Ordinária Virtual da Segunda Câmara, realizada de 26 a 29 de julho de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em declarar a **irregularidade** do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 82/2018 e da formalização da Ata de Registro de Preços nº 55/2018 (1ª fase), celebrado pela Prefeitura Municipal de Itaporã, em razão da fragilidade da pesquisa de preços, do parecer jurídico *pró forma* e ausência de designação de fiscal, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c com art. 121, I, a, do RITCE/MS; com aplicação de **multa solidária** no valor de **100 (cem) UFERMS** ao jurisdicionado Sr. **Marcos Antônio Paco**, e ao parecerista Sr. **Michel Cordeiro Yamada**, por infração a norma legal, com base nos art. 21, X, 42, I e IX, 44, I c/c 45, I, 61, III e 63 , I, a, todos da Lei Complementar nº 160/2012, sendo **concedido o prazo** de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para que o responsável nominado efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC., e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido pelo art. 83, sob pena de cobrança executiva, e pelo art. 78, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012; e **recomendação** ao atual responsável e a quem vier sucedê-lo, que adote as medidas necessárias para sanar as irregularidades apontadas e para prevenir que impropriedades semelhantes ocorram no futuro, concernentes à realização de pesquisa de preços precisa e sistemática que evidencie o preço praticado no mercado, à emissão de parecer jurídico que efetivamente analise as cláusulas da minuta do edital e anexos, e para a designação do fiscal do contrato em procedimentos similares.

Campo Grande, 29 de julho de 2021.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Versam os presentes autos sobre o procedimento licitatório Pregão Presencial nº 82/2018, realizado pela Prefeitura Municipal de Itaporã, objetivando contratação de empresa especializada para prestação de serviço de som volante (moto), com valor contratual no montante de R$ 82.800,00.

Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do procedimento licitatório (1ª fase).

A Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias em sua análise (peça 40) e o ilustre representante Ministerial em seu parecer (peça 41), manifestaram-se pela irregularidade do procedimento licitatório pregão presencial e da formalização da ata de registro de preços, tendo em vista ausência de estudo técnico preliminar, fragilidade na pesquisa de preços, parecer jurídico proforma e ausência de designação de fiscal da ata de registro de preços.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Inicialmente, esclarece-se que foram observadas as disposições regimentais, passando à análise do mérito, que recai sobre o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial n.º 82/2018 e da Ata de Registro de Preços n.º 55/2018.

Depreende-se dos autos que o Pregão Presencial n.º 82/2018, objetivou a contração para prestação de serviços de som volante (moto).

O procedimento licitatório não guarda conformidade com as exigências legais preconizadas na Lei Federal n.º 8.666/93 e na Lei Federal n.º 10. 520/2002.

A equipe técnica demonstrou evidências que o município deixou de realizar o respectivo estudo técnico preliminar

Conforme se extrai do Termo de Referência (peça 4), a Administração Municipal listou o quantitativo de serviços, bem como os seus respectivos valores unitários e o valor total, que totaliza o importe estimado de R$ 86.533,34.

Ocorre, entretanto, que o jurisdicionado não utilizou – ou, ao menos, não encaminhou para esta Corte – quaisquer métodos técnicos prováveis para estimar os valores utilizados neste certame.

Nos termos do artigo 15, §7º, da Lei n.º 8.666/93, as licitações objetivando a aquisição de produtos devem ser desenvolvidas de forma a fornecer uma visão global do objeto - unidades e quantidades, identificando todos os elementos constitutivos com clareza:

> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
>
> § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda:
>
> I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;
>
> II - **a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação**;
>
> III - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material. **(grifo nosso)**

No mesmo sentido o art. 40, §2º, II, da Lei 8.666/93, dispõe sobre a necessidade de um orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários que transpareçam a necessidade da administração pública.

O termo de referência encaminhado restringe-se em listar os serviços pretendidos e os seus respectivos valores médios.

Neste sentido, foi demonstrado pela equipe técnica, o dubitável número de horas contratadas (2.300h), que, divido pelo número médio de dias uteis do ano (252 dias), demonstra que o som volante prestaria mais de 9h de serviços diários.

Percebe-se que a ausência do estudo técnico demonstrando de forma precisa às localidades da prestação dos serviços, rotas e a quantidade de horas, imprescindível em um município que possui quatro distritos e área rural povoada, não permitiu ao gestor ter referência de preços precisos, oque impossibilita uma negociação eficaz, redução de preços e seleção da proposta mais vantajosa, motivos pela qual se entende pela irregularidade do procedimento licitatório.

No que se refere ao parecer jurídico proforma, a equipe técnica verificou que não foi realizada a efetiva análise acerca dos itens da minuta do edital e anexos, limitando-se a inserção de texto padrão em que ao final a Procuradoria se posiciona pela aprovação.

Sobre esse ponto, a Lei 8.666/93, em seu art. 38, 1º, dispõe que as minutas dos editais e contratos devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da administração.

O TCU igualmente se posiciona acerca na necessidade de uma análise efetiva da minuta do edital e anexos:

> [...]
>
> 25. Por outro lado, a partir da análise mais aprofundada dos documentos vinculados aos referidos certames, e ensejando a proposta de anulação dos procedimentos licitatórios, foram constatadas as seguintes irregularidades:
>
> a) adoção de pareceres jurídicos pró-forma; e (...)
>
> 26. De fato, a utilização de pareceres jurídicos sintéticos, de apenas uma página, com conteúdo genérico, sem demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos, em especial quanto à legalidade das cláusulas editalícias, permitiu, no caso concreto, a presença de itens posteriormente impugnados, inclusive por meio da presente representação, e que foram alterados nos certames subsequentes.
>
> 27. Este Tribunal já se posicionou acerca da necessidade de os pareceres jurídicos exigidos pelo art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, integrarem a motivação dos atos administrativos, com abrangência suficiente, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame (v. g.: Acórdão 748/2011-Plenário).
>
> (TCU, Acórdão nº 1.944/2014, Rel. Min. André de Carvalho, j. em 23.07.2014).

Sendo a questão já sedimentada pela lei de licitações e pelo TCU, no que se refere ao parecer jurídico que evidencie a efetiva análise do processo, é imperiosa a declaração de irregularidade neste ponto.

No que se refere à responsabilização do parecerista é necessário esclarecer alguns pontos, sobre o parecer, opinativo ou vinculante.

O parecer opinativo não impõe a atuação do administrador público sob seus termos, podendo haver responsabilização do parecerista somente no caso de erro grosseiro ou culpa.

O parecer vinculante é aquele cujo impõe a autoridade administrativa o dever de tomar sua decisão sob seus termos, sendo que se praticar o ato em desconformidade com a orientação emitida, deve ser devidamente justificado, assumindo para si a reponsabilidade por eventual dano ao erário.

Neste sentido decidiu o STF:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do

> parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido sendo que seu poder de decisão não se altera pela infestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentado à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;
>
> [...]
>
> (MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

Sendo assim, tendo em vista a obrigação imposta no art. 38, VI e § único da Lei 8.666/93, bem como, a jurisprudência apresenta, entende-se que o parecer jurídico no procedimento da licitação é obrigatório e vinculante.

Referente à manifestação contrária ao parecer, se posiciona o TCU:

> [...]
>
> 9.2.2. caso venha a discordar dos termos do parecer jurídico, cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando neste caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico;
>
> (TCU. Acórdão nº 521/2013 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman)

Outrossim, pode haver a responsabilidade do parecerista, porém deve restar comprovado o nexo de causalidade entre a orientação do parecer e o dano ou irregularidade constatada.

Neste sentido o TCU:

> (...) Ou seja, ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação da responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter acarretado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam a induzir a erro.
>
> 6. A contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios

> como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidade, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados. (...)
>
> (TCU. Plenário. Acórdão nº 1801/2007. Rel: Min. Raimundo Carneiro)

Corroborando com tal entendimento, destaca-se jurisprudência do STF que esclarece o caráter vinculante do parecer e a sua submissão ao controle externo através das Cortes de Contas:

> ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o art. 38 da Lei 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.
>
> (STF. Tribunal Pleno. MS nº 24.584/DF. Rel: Min. Marco Aurélio. DJ: 19/06/2008)

Assim, tendo em vista o exposto, considerando que a emissão do parecer jurídico proforma falhou em constatar a ausência de estudo técnico preliminar realizado nos termos do art. 15, § 7º e 40 § 2º da Lei 8.666/93, que comprovasse e justificasse mediante adequadas técnicas os valores para a utilização do objeto, permitindo que o termo de referência apenas demonstrasse os valores médios dos serviços, um dubitável número de horas, ausência de rotas, ou seja, elementos imprescindíveis para um procedimento hígido e eficaz, que se entende pela irregularidade do parecer jurídico e consequente responsabilização do parecerista.

No que se refere à Ata de Registro de Preços, a equipe técnica evidenciou que não houve designação do fiscal, conforme dispõe a lei de licitações.

O art. 67 da Lei 8.666/93 é claro ao dispor a necessidade de a execução do contrato ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, para que se garanta a execução dentro dos parâmetros de desempenho e qualidade impostos pela administração.

Este Tribunal já se manifestou em caso análogo através do Acórdão AC02 – 791/2019, de relatoria do Conselheiro Jerson Domingos:

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GESTÃO DE ABASTECIMENTO DE COMBUSTÍVEL – NECESSIDADE DE ESTUDOS PRELIMINARES – CONTRATO

> ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE FISCAL DE CONTRATO – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.
>
> [...]
>
> A formalização do contrato é declarada regular ao demonstrar conformidade com as exigências legais, contendo as cláusulas essenciais, ressalvada a falta de designação genérica de fiscal de contrato. Há necessidade de o fiscal estar acompanhando, simultaneamente, a execução de todas as contratações, o que implica recomendação ao atual gestor para que nas próximas contratações indique individualmente um servidor para exercer tal função, com a devida capacitação, sob pena das sanções cabíveis.
>
> (TCE/MS. Acórdão AC02 – 791/2019. Relator: Cons. Jerson Domingos. DJ: 15/10/2019)

Tendo em vista o posicionamento, respeitando a uniformização da jurisprudência e segurança jurídica, essa impropriedade deve ser ressalvada com a respectiva recomendação ao gestor.

Com fim, considerando então a ausência de estudo técnico preliminar e parecer jurídico proforma, a declaração da irregularidade do procedimento licitatório é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolhendo a manifestação técnica da DFLCP e o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO** pela:

I- **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 82/2018, celebrado pela Prefeitura Municipal de Itaporã, CNPJ nº 031.569.999/0001-50, e da formalização da Ata de Registro de Preços nº 55/2018 (1ª fase), em razão da fragilidade da pesquisa de preços, do parecer jurídico *pró forma* e ausência de designação de fiscal, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c com art. 121, I, a, do RITCE/MS;

II- Aplicação **MULTA SOLIDÁRIA** no valor de **100 (cem) UFERMS** ao jurisdicionado Sr. Marcos Antônio Paco, portador do CPF nº 139.306.801-49 e ao parecerista Michel Cordeiro Yamada, inscrito na OAB/MS nº 8.311, por infração a norma legal, com base nos art. 21, X, 42, I e IX, 44, I c/c 45, I, 61, III e 63 , I, a, todos da Lei Complementar nº 160/2012.

III-Concessão de **PRAZO** de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para que o responsável nominado no item “II” supra, efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC., e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido pelo art. 83, sob pena de cobrança executiva, e pelo art. 78, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012;

IV- **RECOMENDAÇÃO** ao atual responsável e a quem vier sucedê-lo, que adote as medidas necessárias para sanar as irregularidades apontadas e para prevenir que impropriedades semelhantes ocorram no futuro, concernentes à realização de pesquisa de preços precisa e sistemática que evidencie o preço praticado no mercado, à emissão de parecer jurídico que efetivamente analise as cláusulas da minuta do edital e anexos, e para a designação do fiscal do contrato em procedimentos similares.

V- **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos interessados, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

VI- Determinação do **RETORNO** dos autos, após as formalidades necessárias, à Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, para que promova o acompanhamento da contratação e da execução financeira, nos termos regimentais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório na modalidade pregão presencial e da formalização da ata de registro de preços, com imposição de multa solidária ao gestor responsável e parecerista, com recomendação ao atual responsável e a quem vier sucedê-lo.

Presidência e relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa e Ronaldo Chadid.

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

Campo Grande, 29 de julho de 2021.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

GLX/DSSM