ACÓRDÃO - AC01 - 473/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/6390/2019
PROTOCOLO	: 1982160
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E ATA DE REGISTRO DE PREÇO
ÓRGÃO JURISDICIONADO	: MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS 1. ÂNGELO CHAVES GUERREIRO 2. ADRIANO KAWAHATA BARRETO
INTERESSADO	:1. BOA VISTA COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS EIRELI; 2. NATALI BRINK BRINQUEDOS LTDA. – ME; 3. PAULO ZIOBER EQUIPAMENTOS METALÚRGICOS LTDA.
VALOR	: R$ 604.900,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE ACADEMIA AO AR LIVRE – AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO – IMPROPRIEDADE ISOLADA – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO – ATA DE REGISTRO DE PREÇO – REGULARIDADE.

1. A conduta omissiva do gestor quanto à ausência do parecer jurídico conclusivo sobre a licitação, que não transpôs a mera formalidade exigida na norma em razão de ser identificada de forma isolada, sem a ocorrência de outra irregularidade na fase procedimental, neste caso, é passível de ressalva, na declaração de regularidade do procedimento licitatório, com emissão de recomendação para que não incorra novamente na mesma falha.

2. A formalização da ata de registro de preços é declarada regular diante do cumprimento das exigências contidas nas Leis Federais n. 8.666, de 1993 e n. 10.520, de 2002, bem como nas normas regulamentares estabelecidas por este Tribunal de Contas.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 26ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 20 a 23 de setembro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em **declarar**, com fundamento no art. 59, inciso II, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **regularidade com a ressalva** inscrita no inciso III, do procedimento licitatório do **Pregão Presencial nº 12/2019**, realizado pelo Município de Três Lagoas; em **declarar,** com fundamento no art. 59, inciso I, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **regularidade** da formalização da **Ata de Registro de Preços nº 4/2019,** tendo como promitentes contratantes as empresas Boa Vista Comércio de Equipamentos Eireli, Natali Brink Brinquedos Ltda. - ME e Paulo Ziober Equipamen-

tos Metalúrgicos Ltda.; e **recomendar,** com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao responsável ou quem sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias, notadamente para que promova, através da assessoria jurídica do município, a realização de pareceres jurídicos específicos e conclusivos acerca das licitações e seus respectivos editais, cuja exigência encontra-se contida no art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei (federal) 8.666/93, de modo a prevenir a ocorrência de futuras inadequações semelhantes, que possam vir a comprometer o procedimento licitatório.

Campo Grande, 23 de setembro de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria dos autos trata da análise de regularidade relativa ao procedimento licitatório do **Pregão Presencial nº 12/2019**, realizado pelo Município de Três Lagoas, o qual resultou na formalização da **Ata de Registro de Preços nº 4/2019**, tendo como promitentes contratantes as empresas Boa Vista Comércio de Equipamentos Eireli, Natali Brink Brinquedos Ltda ME e Paulo Ziober Equipamentos Metalúrgicos Ltda, cujo objeto é o registro de preços para aquisição equipamentos de academia ao ar livre, parquinho infantil e mobiliário urbano para atender a qualificação dos espaços públicos do Município de Três Lagoas.

Ao analisar os documentos, a Divisão de Fiscalização de Contratação Pública, Parcerias e Convênios do Estado e dos Municípios (DFCPPC) concluiu na **Análise n. 10488/2019** (pç. 21, fls. 858-862) pela:

- irregularidade do procedimento licitatório, tendo em vista a ausência de parecer jurídico conclusivo acerca da licitação, e a responsabilização do Gestor Municipal e da Assessoria Jurídica pela homologação do procedimento licitatório sem embasamento jurídico;

- assim como, pela irregularidade da ata de registro de preços, considerando a contaminação dos atos relativos ao procedimento licitatório irregular;

- ou, alternativamente, pela regularidade da ata de registro de preços, em caso desta relatoria não considerar a teoria da contaminação dos atos irregulares do procedimento licitatório.

O membro do Ministério Público de Contas (MPC), por sua vez, emitiu o Parecer **PAR 3ª PRC - 8956/2020** (pç. 34, fls. 887-889), no sentido de que a ausência do parecer jurídico conclusivo não causa irregularidade do certame, sendo passível de ressalva, opinando pela adoção do seguinte julgamento:

> Mediante o exposto, manifesta-se este representante do Ministério Público de Contas no sentido de que o Excelentíssimo senhor Conselheiro-Relator adote o seguinte julgamento:
>
> I – **pela regularidade e legalidade com ressalva procedimento licitatório Pregão Presencial nº 12/2019** realizado pelo Município de Três Lagoas; nos termos do inciso II do art. 59, cc. o inciso IX do art. 42, ambos da Lei Complementar nº 160/2012.
>
> II **– pela regularidade e legalidade da formalização da Ata de Registro de Preços nº 4/2019**, nos termos do inciso I do art. 59 da Lei Complementar nº 160/2012;
>
> III –pela comunicação do resultado do julgamento aos interessados, na forma regimental.

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Antes de adentrar ao mérito, destaco ter sido oportunizado o contraditório e a ampla defesa aos jurisdicionados Sr. Ângelo Chaves Guerreiro (Prefeito Municipal) e Sr. Adriano Kawahata Barreto (Secretário Municipal de Infraestrutura, Transporte e Trânsito), conforme se observa das intimações INT-G.FEK-4097/2020 (peça n. 25, fls. 866) e INT-G.FEK-4096/2020 (peça n. 24, fls; 865), respectivamente.

Após devidamente intimados, o Senhor Adriano Kawahata Barreto não deu atendimento à intimação e o Senhor Ângelo Guerreiro, por meio da Sra. Soyla Carla Alves Garcia – Secretária de Finanças, Receita e Controle (peça n. 31, fls. 872-877), trouxe aos autos justificativas acerca das irregularidades apontadas na análise da DFCPPC.

Com relação à ausência do Parecer Jurídico conclusivo do procedimento licitatório, aduziu em sua argumentação que referido documento não consta como de remessa obrigatória na Resolução TCE/MS nº 88/2018, a qual é clara em exigir o Parecer Jurídico sobre o edital, anexos e minuta do contrato, tampouco é a exigência do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

Alegou, também, que mesmo diante da falta de exigência legal ou normativa do parecer jurídico sobre o procedimento licitatório, o Município está conduzindo um extenso e competente processo de revisão dos seus procedimentos para atendimento das orientações desta Corte de Contas, e que alegada ausência documental não prejudicou o interesse público e que uma recomendação seria uma medida justa e adequada.

Pois bem, consigno que a emissão de pareceres jurídicos sobre a licitação e seu respectivo edital são atos de controle da legalidade e conveniência da fase procedimental, sendo que sua exigência está prevista no art. 38, parágrafo único, da Lei (federal) 8.666/93:

> **Art. 38.** O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
>
> **(**...)
>
> **Parágrafo único**. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

O parágrafo único do referido dispositivo, ao revés da interpretação do jurisdicionado, não restringe o parecer jurídico apenas à análise de minutas de editais e contratos, uma vez que, na verdade, acrescenta mais obrigações àquelas já contidas no inciso VI. Isto é, além do necessário parecer jurídico acerca dos atos da fase interna da licitação, a lei também exige a avaliação, por assessoria jurídica, das minutas de editais, contratos, acordos, convênios, ajustes etc.

Entretanto, a doutrina e jurisprudência têm caminhado no sentido de que a referida exigência deve ser sopesada caso a caso, conforme passo a expor.

No caso em exame, mesmo ausente o parecer jurídico acerca da licitação, os demais atos praticados no curso dela ocorreram em consonância com as disposições legais, atingindo satisfatoriamente, a finalidade proposta, sem qualquer prejuízo de ordem material à prestação de contas.

Logo, tal documento, trata-se, em suma, de instrumento assecuratório da fiscalização acerca da regularidade dos atos praticados antecedentes ao certame, **cujo documento nos autos será relevante na medida em que os demais atos prévios à licitação tenham sido viciados ou inexistentes** (JUSTEN FILHO, Marçal)[1].

Daí porque, entende-se, que a finalidade do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 é justamente propiciar o prévio controle de legalidade do instrumento que respaldará toda a licitação, evitando, dessa maneira, futuros infortúnios decorrentes de uma disciplina editalícia equivocada. A partir dessa ordem de ideias, o Plenário do TCU[2] firmou o seguinte entendimento acerca do parecer jurídico conclusivo:

> 9.2.1. em razão do disposto no **art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993**, as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, necessitam ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração, de modo que, havendo o órgão jurídico restituído o processo com exame preliminar, **torna-se necessário o retorno desse, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo, sobre sua aprovação ou rejeição**;
>
> 9.2.2. caso venha discordar dos termos do parecer jurídico, **cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993**, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando, nesse caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico;

Avaliando o parecer jurídico presente às fls. 164-167 exarado pela Assessora Jurídica Dra. Vânia Santos de Souza Queiroz, tenho que seu objeto foi a análise jurídica do edital e seus anexos, bem como da minuta do contrato, sob seus aspectos

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", 17ª Edição, 2ª triagem, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pg. 828.
[2] Acórdão TCU 521/2013, publicado em 13/03/2013.

legais e procedimentais, ou seja, foram por certo examinadas, juridicamente, o que competia à Assessora até aquele momento.

Constata-se no referido parecer a abordagem da matéria sob os aspectos das disposições do caput do art. 37 da Constituição da República, da Lei (federal) n. 8666, de 1993, e, especialmente, quanto ao disposto nos arts. 3º, I, e 4º, III, da Lei (federal) n. 10.520, de 2002; – acrescentou a observância do Edital de licitação às disposições da Lei Complementar (federal) n.123, de 2006 (que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte etc.), com as alterações promovidas pela Lei Complementar n. 147, de 2014.

Entendo que a análise prévia dos termos do Edital e dos seus anexos, bem como da minuta do contrato que em tese será posteriormente celebrado, compreende, para a Assessoria ou Consultoria Jurídica, o controle interno exclusivamente jurídico, ou seja, da constitucionalidade e (ou) da legalidade daqueles termos.

A finalidade do Parecer Jurídico é verificar a compatibilidade dos termos examinados em face do regramento legal, possibilitando a autoridade competente o conhecimento jurídico da matéria para tomada da decisão segura, evitando-se, ou pelo menos reduzindo, a possibilidade de vícios de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Portanto, o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica. Com isso, afirma-se que a ausência de observância do disposto no parágrafo único não é causa autônoma de invalidade da licitação. O descumprimento da regra do parágrafo único não vicia o procedimento se o edital ou o contrato não apresentavam vício.

Recentemente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais posicionou-se no seguinte sentido:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MUNICÍPIO DE PASSA QUATRO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO. VISTO DA PROCURADORIA DO MUNICÍPIO NO EDITAL. IRREGULARIDADE FORMAL. AUSÊNCIA DE PROVA DE FRUSTRAÇÃO DO CERTAME. NULIDADE NÃO VERIFICADA.SENTENÇA MANTIDA. **A falta do parecer jurídico é irregularidade formal incapaz de ensejar a nulidade da licitação quando não demonstrada a frustração dos principais objetivos do certame, que são a garantia de isonomia e imparcialidade e a obtenção da melhor contratação pelo ente público**.
>
> (TJ-MG - AC: 10476180012298001 MG, Relator: Wagner Wilson, Data de Julgamento: 18/06/2020, Data de Publicação: 26/06/2020)

O tema em debate também já foi apreciado nesta Corte por ocasião do julgamento do acórdão AC02-968/2016, 2ª Câmara, de relatoria da Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano, julgado em 28/6/2016, que assim dispôs:

> EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONTRATAÇÃO – CUMPRIMENTO DAS EXIGÊN-

CIAS LEGAIS – **AUSÊNCIA DE DOCUMENTO – PARECER JURÍDICO – REGULARIDADE COM RESSALVA** – RECOMENDAÇÃO.

É regular o procedimento licitatório que cumpra as exigências legais, bem como regulamentares desta Corte de Contas, com ressalva quanto à ausência de documento que não tem o condão de torna-lo irregular considerando a regularidade dos demais elementos formais, sendo cabível recomendação ao responsável para que observe com maior rigor as normas, evitando incorrer em falhas da mesma natureza.

Desse modo, entendo que a conduta omissiva do gestor quanto à ausência do parecer jurídico conclusivo sobre a licitação não transpôs a mera formalidade exigida na norma, tendo em vista a aludida impropriedade ter sido identificada de forma isolada, ou seja, sem a constatação de outras irregularidades na fase procedimental, pelo que a aplicação da multa, neste caso, pode ser substituída pela declaração de regularidade com ressalva, com emissão de recomendação para que não incorra novamente na mesma falha.

Igualmente, também posiciono-me pela inviabilidade de responsabilização da Drª Vânia Santos de Souza Queiroz, Assessoria Jurídica subscritora do referido parecer jurídico, uma vez que, na eventual constatação de irregularidade do procedimento licitatório e/ou formalização da Ata apropriada, a respectiva penalização, a meu ver, seria direcionada exclusivamente ao gestor titular dos atos administrativos e não ao parecerista jurídico.

Isto porque, é imperioso ressaltar que ainda há controvérsia no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a responsabilização solidária do parecerista jurídico ao agente administrativo, pela ocorrência de irregularidades nas prestações de contas e danos ao erário.

Tal discussão decorre da medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº 36.385, do STF, de relatoria da Exma. Ministra Carmem Lúcia, julgado em 15 de agosto de 2019, para o fim de suspender a eficácia de dois Acórdãos do TCU, pelo que tem sido o posicionamento até então adotado pela Corte Suprema em casos análogos. Transcrevo abaixo parte da fundamentação do Voto declarado no MS36385:

> Como realçado pelo Ministro Edson Fachin no deferimento de medida liminar pleiteada em mandado de segurança sob sua relatoria, "[a] **questão relativa à responsabilização do parecerista por danos causados ao erário ainda não restou solvida definitivamente por esta Corte, merecendo apreciação mais aprofundada**" (Mandado de Segurança n. 35.815, decisão monocrática, DJe 17.8.2018). Nesse mesmo sentido, de minha relatoria, o Mandado de Segurança n. 36.025, DJe 10.10.2018. – grifei

Ressalto, por fim, que o CPC, em seu art. 184, estabelece que o advogado público, no exercício de suas funções, será civil e regressivamente responsável quando atuar com dolo ou fraude. Não existe, portanto, solidariedade na responsabilidade do parecerista jurídico no exercício de suas funções, pelos atos praticados pelo ad-

ministrador público, notadamente porque não se pode deduzir solidariedade, ela deve decorrer diretamente da Lei ou convenção entre as partes (art. 265, do Código Civil).

No que se refere ao apontamento da Equipe Técnica, sobre a ausência do parecer jurídico ter contaminado as fases seguintes, entendo que nos termos dispostos no art. 121, do Regimento Interno desta Corte de Contas, o exame da prestação de contas, perante o TCE/MS, de uma contratação feita pelo Poder Público (procedimento licitatório, formalização contratual e execução da contratação), ocorre de forma distinta e autônoma, na medida em que a irregularidade de uma fase anterior não acarreta, necessariamente, a irregularidade da fase seguinte.

Nesse sentido, foi o julgamento do Acordão do TCE/MS AC01 – 660/2016, TC/3567/2003 – Primeira Câmara, da relatoria do Conselheiro Jerson Domingos, em 15/03/2016:

> EMENTA: CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO JULGADO IRREGULAR – INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DE FASES – IRREGULARIDADE QUE NÃO AFETA AS FASES POSTERIORES – FORMALIZAÇÃO DE TERMO ADITIVO – JUSTIFICATIVA – PARECER JURÍDICO – AUTORIZAÇÃO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – NOTA DE EMPENHO – NOTAS FISCAIS – TERMO DE ENCERRAMENTO – TEMPESTIVIDADE DA PUBLICAÇÃO E REMESSA DOCUMENTAL – REGULARIDADE.
> O julgamento pela irregularidade do procedimento licitatório não acarreta a irregularidade das fases posteriores em razão da independência e autonomia das fases de prestação de contas.
> São regulares a formalização de termo aditivo e execução financeira de contrato que realizadas de acordo com a lei.

Portanto, ainda que fossem identificadas irregularidades na etapa procedimental, estas não teriam força suficiente para macular, apenas por consequência, as fases posteriores, em especial da formalização da Ata de Registro de Preços nº 4/2019, mormente em razão dela estar em consonância com as demais disposições legais e regulamentares aplicáveis ao caso.

DISPOSITIVO

Ante tudo o que fora exposto, **voto** no sentido de:

I – declarar, com fundamento no art. 59, inciso II, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **regularidade com a ressalva** inscrita no inciso III, do procedimento licitatório do **Pregão Presencial nº 12/2019**, realizado pelo Município de Três Lagoas;

II – declarar, com fundamento no art. 59, inciso I, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, a **regularidade** da formalização da **Ata de Registro de Preços nº 4/2019,** tendo como promitentes contratantes as empresas Boa Vista Comércio

de Equipamentos Eireli, Natali Brink Brinquedos Ltda. - ME e Paulo Ziober Equipamentos Metalúrgicos Ltda.;

III – recomendar, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao responsável ou quem sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias, notadamente para que promova, através da assessoria jurídica do município, a realização de pareceres jurídicos específicos e conclusivos acerca das licitações e seus respectivos editais, cuja exigência encontra-se contida no art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei (federal) 8.666/93, de modo a prevenir a ocorrência de futuras inadequações semelhantes, que possam vir a comprometer o procedimento licitatório;

IV - intimar o resultado deste julgamento aos interessados, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade com ressalva do procedimento licitatório e a regularidade da formalização da ata de registro de preços, com recomendação ao responsável ou a quem sucedê-lo.

Presidência e Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo e Jerson Domingos.

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

Campo Grande, 23 de setembro de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

CESB/MSS/dssm