



## Acórdão 00603/2020-6 - 1ª Câmara

**Processos:** 04728/2018-1, 07263/2018-3

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMNV - Prefeitura Municipal de Nova Venécia

**Relator:** Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

**Representante:** SINALES SINALIZACAO ESPIRITO SANTO LTDA

**Responsável:** SEBASTIAO DE SA PEREIRA, TATIANY DA SILVA PIROLA, MARIO SERGIO LUBIANA, GEAN FABIO MERLIM BANZA, HENRIQUE KRUGER DAMASCENO

**Terceiro interessado:** ARCEL EMPREENDIMENTOS LTDA

**Procuradores:** EDUARDO DALLA BERNARDINA (OAB: 15420-ES), ITIEL JOSE RIBEIRO (OAB: 14072-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA VENÉCIA – EXERCÍCIOS 2018 – CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 001/2018 – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA MANUTENÇÃO NO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM DOIS CONSELHOS PROFISSIONAIS (CRA E CREA) – EXIGÊNCIAS INDEVIDAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – IMPROCEDÊNCIA – CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.**

**O CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:**

### **I. RELATÓRIO**

Trata-se de representação, com pedido de cautelar, protocolada pela empresa **SINALES – Sinalização Espírito Santo Ltda.**, em face de do Município de Nova Venécia em razão de possíveis irregularidades cometidas na Concorrência Pública nº 001/2018, para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção do sistema de iluminação pública, compreendendo a manutenção

preventiva e corretiva, bem como, a troca de lâmpadas do semáforo e de demais pontos de iluminação do Município de Nova Venécia.

Através da Decisão Monocrática 802/2018 (peça 08) o conselheiro Relator à época Rodrigo Flavio Freire Chamoun realizou o juízo de admissibilidade e conheceu a representação e determinou a notificação para que os responsáveis se manifestassem em 05 dias.

Em cumprimento a Decisão exarada, foi realizada a Manifestação Técnica (peça 23) que, sugeriu o seguinte:

### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, com a proposta de:

- 1) **Indeferir** o requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, formulado pela empresa SINALES – Sinalização Espírito Santo Ltda, tendo em vista a não existência dos pressupostos da medida cautelar;
- 2) **Tramitar** os autos em rito ordinário, em caso de indeferimento da medida cautelar;
- 3) **Promover** a oitiva dos responsáveis, Sra Tatiany da Silva Pirola, Presidente da CPL, Sr. Sebastião de Sá, Secretário Municipal de Obras, dos Transportes e Urbanismo e Sr. Mário Sérgio Lubiana, Prefeito Municipal, para que se pronunciem a respeito das irregularidades apontadas, no prazo regimental;
- 4) **Em virtude da possibilidade de anulação do contrato, promover** a oitiva da empresa Arcel Empreendimentos Ltda;
- 5) **Comunicar** ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos.

Ato contínuo encampando o voto do Relator à época, conselheiro Rodrigo Flavio Freire Farias Chamoun (peça 27), a Primeira Câmara proferiu Decisão 1845/2018 indeferindo o pedido cautelar e deliberando acerca de demais providências, *verbis*:

#### 1. DELIBERAÇÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, DECIDEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo relator:

- 1.1. INDEFERIR a concessão da MEDIDA CAUTELAR pretendida pelo representante, tendo em vista a existência do *periculum in mora* reverso;
- 1.2. DETERMINAR A OITIVA do senhor Secretário Municipal de Obras, dos Transportes e Urbanismo, Senhor Sebastião de Sá Pereira e da Presidente da Comissão Permanente de Licitação do Município de Nova Venécia, senhora Tatiany da Silva Pirola e da empresa contratada ARCEL EMPREENDIMENTOS LTDA, na pessoa do seu representante legal, para manifestarem quanto aos indícios de irregularidade dispostos neste voto, no prazo de até 10 (dez) dias, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei

- Complementar 621/12 e o §3º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013;
- 1.3. NOTIFICAR o Prefeito Municipal, senhor Mário Sérgio Lubiana, dando-lhe ciência deste procedimento fiscalizatório em andamento, para que, no uso de suas atribuições legais, adote as providências que entender necessárias, enquanto Chefe do Executivo Municipal;
  - 1.4. SUBMETER os presentes autos ao rito ordinário, tendo em vista a ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do Regimento Interno;
  - 1.5. Dar CIÊNCIA desta decisão ao Representante, na forma do artigo 307, §1º, do Regimento Interno do TCEES, aprovado pela Resolução 261 de 4 de junho de 2013, encaminhando-se a todos os interessados juntamente com o Termo de Notificação, cópia desta Decisão e da Manifestação Técnica 00663/2018-6.
2. Unânime;
  3. Data da Sessão: 15/08/2018 – 26ª Ordinária da 1ª Câmara;

Em regular prosseguimento do feito, encampando a manifestação Técnica 457/2019, o conselheiro relator proferiu Decisão Monocrática 108/2019 (peça 50), para a comunicação de diligência de forma que os responsáveis encaminhassem a este Tribunal cópia integral do processo administrativo municipal referente à concorrência Pública nº 001/2018, no prazo de 05 dias, conforme exposto adiante:

Por isso, como medida de saneamento, **DECIDO** pela expedição de **COMUNICAÇÃO DE DILIGÊNCIA**, nos termos dos artigos 314 e 358, inciso II da Resolução TC 261/2013 (RITCEES), para que os responsáveis, senhora Tatiany da Silva Pirola e o senhor Sebastião de Sá Pereira, encaminhem, cópia integral do processo administrativo municipal referente à Concorrência Pública nº 001/2018, **no prazo de 05 (cinco) dias**. Após o decurso do prazo, com ou sem a manifestação, solicito a devolução dos autos à SecexEngenharia para prosseguimento da instrução processual.

A Instrução Técnica Inicial 165/2019 (peça 81) sugeriu a citação dos gestores responsáveis pelas irregularidades apontadas na Manifestação Técnica 908/2019 (peça 80), o que foi acatado pela Segex, por meio da Decisão Segex 00219/2019-2 (peça 83).

Procedidas as citações, foram os autos encaminhados à SecexEngenharia – Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente, que se manifestou através da Instrução Técnica Conclusiva 5434/2019, nos seguintes termos:

#### PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto nesta instrução, sugere-se:

#### MANUTENÇÃO DAS IRREGULARIDADES:

Levando em conta as análises procedidas e as motivações adotadas, conclui-se pela manutenção das seguintes irregularidades:

**Quadro 1 - Identificação dos responsáveis e achados relacionados sem indicação de dano, mantidos nesta instrução.**

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES
<b>Tatiany da Silva Pirola</b> (Presidente da Comissão Permanente de Licitação)  <b>Gean Fábio Merlim Banza</b> (Assessor jurídico - Parecerista jurídico) <b>Mário Sérgio Lubiana</b> (Prefeito Municipal)	<b>EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM DOIS CONSELHOS PROFISSIONAIS (CRA E CREA) – ITEM 2.1 DA MT 908/2019-3.</b>  Fundamento legal: ao Art. 3º, §1º, I c/c arts. 27, caput e 30, caput da Lei 8.666/93.  (Item 2.1 desta ITC)
<b>Tatiany da Silva Pirola</b> (Presidente da Comissão Permanente de Licitação) <b>Gean Fábio Merlim Banza</b> (Assessor jurídico - Parecerista jurídico) <b>Henrique Kruger Damasceno</b> (Engenheiro civil - Parecerista técnico)	<b>EXIGÊNCIAS INDEVIDAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – ITEM 2.2 DA MT 908/2019-3.</b>  Fundamento legal: Art. 30, § 1º, inciso I c/c § 2º e § 3º e art. 3º, caput e § 1º, inciso I da Lei 8.666/93.  (Item 2.2 desta ITC)

Posto isso e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, do RITCEES, conclui-se opinando por:

- **Condenar a Senhora Tatiany da Silva Pirola** (Presidente da Comissão Permanente de Licitação), tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas nos itens 2.1 e 2.2 desta ITC, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 135, inciso II da LC 621/2012<sup>1</sup>;
- **Condenar o Senhor Gean Fábio Merlim Banza** (Assessor jurídico - Parecerista jurídico), tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas nos itens 2.1 e 2.2 desta ITC, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 135, inciso II da LC 621/2012;
- **Condenar o Senhor Mário Sérgio Lubiana** (Prefeito Municipal), tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas nos itens 2.1 e 2.2 desta ITC, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 135, inciso II da LC 621/2012;
- **Condenar o Senhor Henrique Kruger Damasceno** (Engenheiro civil - Parecerista técnico), tendo em vista o cometimento de infrações, apresentadas nos itens 2.1 e 2.2 desta ITC, ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 135, inciso II da LC 621/2012;

Anuindo integralmente os argumentos fáticos e jurídicos delineados na ITC, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC), manifestou-se nos termos do Parecer do MPEES 0320/2020 (peça 105) da lavra do procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira.

**Insta salientar que o feito constou da pauta da 6ª. Sessão Ordinária da 1ª. Câmara, em data de 11/03/2020, onde foi anexado ao processo o Memorial 0038/2020 (peça 110), oferecido pela OAB/ES Ordem dos Advogados do Brasil em defesa do Dr. Gean Fabio Merlim Banza. Foram juntadas aos autos**

também as Notas Taquigráficas 0056/2020 (peça 111) referente à defesa oral realizada pelo SR. Bem-Hur Brenner Dan Farina, representando a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/ES).

Ressalta-se ainda que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/ES) atravessou a petição intercorrente 242/2020 (peça116), onde requer sua intimação, constando expressamente das publicações na imprensa oficial o seu próprio nome, bem como os nomes dos advogados que constam dos instrumentos procuratórios colacionados aos autos.

Feitas essas considerações, passo a analisar os fatos contidos nessa representação.

## II. FUNDAMENTOS

### II.1 MÉRITO

Tratam os autos de representação da empresa SINALES - SINALIZAÇÃO ESPÍRITO SANTO LTDA, com pedido cautelar, em desfavor do Município de Nova Venécia, tendo em vista possíveis irregularidades cometidas na condução da **Concorrência Pública de nº 001/2018**, para *Contratação de Empresa Especializada na Prestação de Serviços de Manutenção no Sistema de Iluminação Pública, compreendendo a manutenção preventiva e corretiva, bem como, troca de lâmpadas do Semáforo e demais pontos de iluminação no Município de Nova Venécia/ES.*

Da análise dos procedimentos licitatórios e suas contratações, verificou-se os seguintes indícios de irregularidade:

#### **II.1.1 EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM DOIS CONSELHOS PROFISSIONAIS (CRA E CREA) – ITEM 2.1 DA MT 908/2019-3.**

Fundamento legal: ao Art. 3º, §1º, I c/c arts. 27, caput e 30, caput da Lei 8.666/93.

##### **Responsáveis:**

- Mario Sergio Lubiana (prefeito municipal)  
**Conduta:** Ratificar decisão de manutenção de cláusulas do edital<sup>2</sup>, em tentativa de impugnação do edital apresentado pela empresa Sinales, sem solicitar parecer jurídico que atentasse para a necessidade de avaliar e justificar corretamente tal exigência para o caso concreto.  
**Nexo de Causalidade:** Permitiu a manutenção de exigências relativas à inscrição em dois Conselhos Profissionais, o que culminou na eliminação de empresas do certame.  
**Culpabilidade:** É razoável afirmar que era exigível conduta diversa daquela adotada, como solicitar parecer jurídico e consultar jurisprudência do TCE-

<sup>2</sup> Peça Complementar 2473-2019-6, fls. 66

ES e TCU para casos semelhantes. Note-se que a decisão de manutenção de cláusulas do edital, e ainda, sem solicitar parecer jurídico, com exigência de dois Conselhos Profissionais, não tem o respaldo da lei de licitações e na jurisprudência do TCE-ES e TCU.

- Tatiany da Silva Pirola (presidente da comissão permanente de licitação)  
**Conduta:** Elaborar/assinar edital<sup>3</sup>, sem o embasamento técnico suficiente e necessário, com cláusulas restritivas, exigindo inscrição em dois Conselhos Profissionais.  
**Nexo de Causalidade:** A inserção de exigências relativas à inscrição em dois Conselhos Profissionais culminou na eliminação indevida de empresas do certame.  
**Culpabilidade:** É razoável afirmar que era exigível conduta diversa daquela adotada, como consultar jurisprudência do TCE-ES e TCU em casos semelhantes. Note-se que a elaboração/assinatura do edital com exigência de dois Conselhos Profissionais, não tem o respaldo da lei de licitações, nem na jurisprudência do TCE-ES e TCU, ademais, o parecer do CRA apresentado na defesa, não revela situação que se amolde ao caso em apreço.
- Gean Fabio Merlim Banza (assessor jurídico- Parecerista Jurídico)  
**Conduta:** Emitir parecer jurídico aprovando edital<sup>4</sup> sem atentar para a necessidade de avaliar e justificar corretamente tal exigência para o caso concreto.  
**Nexo de Causalidade:** Permitiu a inserção em definitivo de exigências relativas à inscrição em dois Conselhos Profissionais, o que culminou na eliminação indevida de empresas do certame.  
**Culpabilidade:** É razoável afirmar que era exigível conduta diversa daquela adotada. Note-se que a emissão de parecer jurídico aprovando edital com exigência de dois Conselhos Profissionais, não tem o respaldo da lei de licitações e na jurisprudência do TCE-ES e TCU.

De acordo com a área técnica, para o caso em tela não há justificativas para a exigência editalícia de inscrição em dois conselhos de Classe. Como base argumentativa apresenta o Acórdão TC-081/2013 – Plenário e o Acórdão TCU 2769/2014 – Plenário. Consta ainda na manifestação técnica:

Como se pode observar, o percentual de mão-de-obra não apresenta o maior percentual da contratação. Dessa forma, não se justifica solicitar inscrição no CRA para esse tipo de objeto, pois somente poderia exigir o CRA, exclusivamente, e não concomitantemente com o CREA, se os itens de mão-de-obra apresentassem o maior percentual do objeto a ser contratado.

Verificando a ata de abertura, participaram 6 empresas, das quais 5 foram inabilitadas pelo motivo, dentre outros, de não apresentarem o CRA, seja no item 5.4.1.1, quanto no item 5.4.3.5.

Diante dessas informações, concluímos que houve ilegalidade da Administração ao exigir registro no CRA para o objeto licitado, ainda mais, 2 registros em Conselhos Profissionais simultâneos.

<sup>3</sup> Peça Complementar 2471-2019-7, fls. 31-48

<sup>4</sup> Peça Complementar 2471-2019-7, fls. 78-81

Em oportunidade de defesa, o prefeito municipal Mario Sergio Lubiana, Sebastião de Sá Pereira, secretário municipal de obras, Gean Fabio Merlim Banza, procurador municipal e Tatiany da Silva Pirola, presidente da comissão de licitação, alegaram, de forma conjunta, que a exigência contida no edital da inscrição nos dois conselhos foi submetida à apreciação do CRA cujo fiscal, Sr. Fabricio Mazoco assim se manifestou:

"O CRA-ES fiscaliza as Instituições Públicas e Privadas, que prestam e/ou contratam serviços, com o desenvolvimento das atividades típicas da Administração, cuja habilitação jurídica para o pleno exercício dessas, exige entre outras, o Registro Cadastral neste Conselho. No caso do Edital de Concorrência Pública nº 001/2018, o serviço contratado envolverá a locação de mão de obra, na figura dos Eletricistas, Motoristas e Ajudante, que ficarão à disposição da Prefeitura de Nova Venécia, caracterizando a terceirização da mão de obra, campo da Administração e Seleção de Pessoal, tornando as empresas especialistas em Administração de Pessoas/Recursos Humanos à terceiros."

Os Defendentes disseram que à Administração Pública Municipal não caberia excluir tal exigência, tendo em vista a recomendação do próprio conselho conforme supracitado.

Asseveraram que o fiscal do CRA ressaltou que sempre que os funcionários ficam à disposição da contratante, a contratada deverá possuir registro no CRA, conforme a seguir destacamos:

"Assim, sempre que funcionários ficam à disposição da Contratante, a prestadora do serviço deverá possuir o Registro Cadastral no CRA, pois explora campos dessa profissão regulamentada, bem como possuir um profissional da Administração como Responsável Técnico, que responderá técnica e eticamente pela atividade de Gestão de Pessoas, submetendo-se à fiscalização técnica e ética do Conselho."

Ressaltaram que diante de tal afirmativa, não cabia à Administração Municipal proceder de outra forma e excluir tal exigência.

Em tal defesa, os responsáveis apontam decisão deste Tribunal de Contas que, em processo análogo (Processo TC 3177/2009) relevou a irregularidade ora em comento.

Citou, ainda, o Acórdão 473/2004 – Plenário do TCU que afastou a irregularidade apontada.

Quanto a exigência de registro no CREA a defesa considera imprescindível tal condição em razão da natureza dos serviços prestados que foram considerados como técnicos de engenharia.

Ao final, pondera a defesa que as exigências contidas no edital serviam para resguardar o erário de forma a certificar que as empresas licitantes estariam aptas a cumprirem com seus compromissos.

Feitas essas considerações, passo a externar meu entendimento.

De posse dos autos, verifico que há no edital a exigência de atestado de capacidade técnica em dois conselhos profissionais CRA e CREA. Verifico ainda que o objeto da licitação trata da contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção no sistema de iluminação pública. Cumpre esclarecer que a orientação do CRA (Conselho Regional de Administração) é de que tratando de prestação de serviços com fornecimento de mão-de-obra, fato que obriga a empresa a gerir e administrar pessoal, faz-se necessária a inscrição no CRA.

**Assim, entendo que os jurisdicionados Tatiany da Silva Pirola (presidente da comissão permanente de licitação) e Gean Fabio Merlim Banza (assessor jurídico- Parecerista Jurídico), agiram pautados em orientação do Conselho Regional de Administração, não configurando nexos causais suficientes para a aplicação de sanção aos responsáveis, a irregularidade em comento, não teve o condão de comprometer a lisura e a competitividade do processo licitatório em análise.**

**Entendo, porém, que se faz prudente emitir recomendação à Administração Municipal que nas futuras licitações com o mesmo objeto que abstenha de exigir na fase de habilitação a inscrição no Conselho Regional de Administração.**

Sem embargo, com relação ao senhor Mario Sergio Lubiana, prefeito municipal, entendo que a responsabilização somente se configura a partir da verificação do elemento subjetivo da conduta, ou seja, do dolo ou da culpa, etapa indispensável à responsabilização dos agentes públicos.

**Avaliando o caso concreto, verifico que o prefeito, na qualidade de ordenador de despesa, homologou o processo que continha a manifestação favorável do parecer técnico respaldando o pleito e adjudicação da equipe da licitação,**



restando caracterizada uma excludente de ilicitude no presente caso, o que afasta a irregularidade, não ensejando sanção.

Deste modo, a irregularidade questionada, a meu ver, amparava-se em posições anteriores que induziram à tomada de decisão, dentro de uma aparente legalidade, encontrando os atos sob o manto de tal aparência legítima.

Logo, o reconhecimento da irregularidade da conduta do prefeito municipal nestas circunstâncias, culminaria na adoção da responsabilidade objetiva, posto que as especificidades e elementos que compõem o termo de referência, bem como a pesquisa, apuração e formação dos preços estabelecidos variam de acordo com cada tipo de serviço que se pretende adquirir, não sendo possível exigir tal conhecimento do chefe do executivo, que atuou respaldado nas informações apresentadas pela equipe técnica.

Sendo assim, entendo que prosperam os argumentos do prefeito, sendo compatível com o regime de responsabilização vigente no TCEES, conforme tese apresentada em diversos julgados desta Corte de Contas, como o Acórdão TC 1218/2016-1ª Câmara – processo TC 8183/2014. No mesmo sentido, o Acórdão TC 934/2018:

#### ACÓRDÃO TC- 934/2018 – PLENÁRIO

Versam os presentes autos sobre Auditoria Ordinária realizada na Prefeitura Municipal de Guarapari, em cumprimento a determinação estabelecida no Plano de Auditoria nº 58/2012, relativa aos atos de gestão praticados no exercício de 2011, sob a **responsabilidade** do Sr. (...) – Prefeito Municipal.

#### Da **responsabilidade subjetiva** do prefeito

O causídico do gestor apresentou preliminar de mérito alegando “ausência de imputação concreta de fatos específicos ao defendente”, argumentando que não cabe responsabilizar o Chefe do Executivo Municipal por tudo o que acontece no âmbito da administração, pois sua **responsabilidade** é “sempre **subjetiva**, dependendo da demonstração inequívoca do descumprimento de um dever legal”.

De fato, conforme farta jurisprudência, resta claro que diferentemente da Administração Pública, que responde de maneira objetiva, para que seja penalizado o gestor pessoalmente é necessária a comprovação de que tenha agido com dolo ou culpa, ou seja, se trata de uma responsabilização **subjetiva**.

(...)

Como se observa dos precedentes acima colecionados justamente por se tratar de **responsabilidade subjetiva** é possível que o gestor venha a

responder pelos atos praticados durante sua gestão se presentes o elemento **subjetivo** (culpa e/ou dolo), o que será oportunamente analisado no caso concreto, ante a análise de cada irregularidade a ele imputada, motivo pelo qual entendo por afastar a preliminar suscitada pela defesa, acolhendo os fundamentos trazidos pelo corpo técnico desta Corte, que adoto também como razão de decidir, conforme reproduzo abaixo:

**Por todo o exposto, afasto o indício de irregularidade apontado.**

**II.1.2 EXIGÊNCIAS INDEVIDAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - ITEM 2.2 DA MT 908/2019-3.**

Fundamento legal: Art. 30, § 1º, inciso I c/c § 2º e § 3º e art. 3º, caput e § 1º, inciso I da Lei 8.666/93.

**Responsáveis:**

Tatiany da Silva Pirola (presidente da comissão permanente de licitação)

**Conduta:** Elaborar/assinar edital, sem o embasamento técnico suficiente e necessário, com cláusulas restritivas, exigindo itens com pouca relevância técnica na capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional em objeto que não é de alta complexidade, sem o respaldo técnico necessário

**Nexo de Causalidade:** A inserção de exigências relativas a itens com pouca relevância técnica na capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional em objeto que não é de alta complexidade culminou na eliminação indevida de empresas do certame.

**Culpabilidade:** É razoável afirmar que era exigível conduta diversa daquela adotada, como consultar jurisprudência do TCE-ES e TCU em casos semelhantes. Note-se que a elaboração/assinatura do edital com exigência de itens com pouca relevância técnica na capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional em objeto que não é de alta complexidade, não tem o respaldo da lei de licitações, nem na jurisprudência do TCE-ES e TCU.

- Gean Fabio Merlim Banza (assessor jurídico- Parecerista Jurídico)

**Conduta:** Emitir parecer jurídico sem solicitar apoio técnico, aprovando edital não atentando para a necessidade de avaliar e justificar corretamente tal exigência para o caso concreto

**Nexo de Causalidade:** A inserção em definitivo de exigências relativas a itens com pouca relevância técnica na capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional em objeto que não é de alta complexidade culminou na eliminação de empresas do certame.

**Culpabilidade:** É razoável afirmar que era exigível conduta diversa daquela adotada. Note-se que a emissão de parecer jurídico aprovando sem solicitar apoio técnico, aprovando edital com exigência de itens com pouca relevância técnica na capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional.

- Henrique Kruger Damasceno (Engenheiro civil - Parecerista técnico)

**Conduta:** Emitir parecer técnico mantendo cláusula de edital, em recurso administrativo apresentado pela empresa Sinales.

**Nexo de Causalidade:** A manutenção em definitivo de exigências relativas a itens com pouca relevância técnica na capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional em objeto que não é de alta complexidade culminou na eliminação de empresas do certame.

**Culpabilidade:** É razoável afirmar que era exigível conduta diversa daquela adotada, como consultar jurisprudência do TCE-ES e TCU em casos semelhantes. Note-se que a emissão de parecer técnico, mantendo cláusula

de edital, em recurso administrativo apresentado pela empresa Sinales, com exigência de itens com pouca relevância técnica na capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional em objeto que não é de alta complexidade, não tem o respaldo da lei de licitações e na jurisprudência do TCE-ES e TCU.

Respaldando-se no Parecer/Consulta TC – 020/2017 – Plenário, a área técnica indicou haver indícios de irregularidade em se exigir qualificação técnica de itens de baixa relevância e financeira, como item 51 - cava simples de poste, do item 31 - Fornecimento e implantação de Poste de concreto circular 9/150 e do item 32 - Fornecimento e implantação de Poste de concreto circular 9/300, bem como itens de substituição de luminárias, substituição de reatores e ignitores e instalação de luminárias.

O Edital da Concorrência Pública 1/2018 especifica na cláusula 5.4.3.2, de forma expressa, experiências profissionais anteriores necessárias aos engenheiros civil e eletricitista indicados como responsáveis.

Na manifestação conclusiva a área técnica entende que o critério usado não foi adequado para efetivamente selecionar as empresas mais qualificadas, mas sim para restringir indevidamente o certame.

Em oportunidade de defesa, os srs. Gean Fábio Merlim Banza e Tatiany da Silva Pirola, trazem as referências legais que embasam a possibilidade de se exigir em editais a capacidade técnico-profissional e técnico-operacional. Defendem que a licitação possui montante relevante para o município e concluem:

A título de exemplo, no Município de Nova Venécia existe apenas um sistema de semáforo. Ora, conforme os e documentos de habilitação apresentados pela denunciante SINALES, os atestados de serviços de iluminação são, em sua maioria, referentes à iluminação de LED de semáforos.

Portanto, considerando que o objeto licitado é bem mais amplo, pois envolve manutenção corretiva e preventiva de iluminação pública da cidade, nada mais razoável que se imponha a comprovação de experiência neste ramo. Vale frisar por fim, que em momento algum a licitante, ora **denunciante, questionou tais exigências constantes no edital em sede de impugnação, de forma que apenas se irresignou quando da sua inabilitação.**

Pois bem. Cabe registrar que compete aos administradores públicos a busca pela proposta mais vantajosa, considerando o valor final da contratação, sua economia

de escala, mas também, a operacionalidade administrativa, de forma a facilitar procedimentos, mecanismos e trâmites diários, em busca da efetividade da gestão.

A licitação discutida nos presentes autos teve por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção no sistema de iluminação pública, compreendendo a manutenção preventiva e corretiva, bem como, troca de lâmpadas do semáforo e demais pontos de iluminação no município de Nova Venécia/ES, sendo que, conforme previsão contida no Edital respectivo, os profissionais deveriam comprovar qualificação técnica em todos os itens do edital, desde nos de maior complexidade quanto nos de menor complexidade.

Registre-se que, ao contrário do informado pela área técnica, a exigência de qualificação técnica mostra-se legítima, na medida em que objetiva garantir a regular execução do serviço contratado, evitando-se dessa forma, a ocorrência de danos consideráveis ao patrimônio público e, principalmente, aos usuários do serviço público.

Destarte, tal exigência não tem nada de ilegal, demonstrando zelo com a coisa pública ao assegurar a participação somente de licitantes que efetivamente tenham condições de cumprir com as obrigações do contrato.

Confira-se, a propósito, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. EDITAL. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PROVA DE EXPERIÊNCIA PRÉVIA NO DESEMPENHO DE ATIVIDADES SIMILARES OU CONGÊNERES AO OBJETO LICITADO. 1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança com o objetivo, entre outros, de reconhecer a ilegalidade de cláusula editalícia que prevê, a título de demonstração de qualificação técnica em procedimento licitatório, a comprovação de experiência anterior em exercício de atividades congêneres ou similares ao objeto da licitação. 2. A instância ordinária reconheceu a ilegalidade dessa cláusula por entender que havia significativo abalo ao princípio da competitividade, com ofensa ao art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93. 3. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrida ter havido violação ao art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93, ao argumento de que a exigência editalícia de prévia experiência no desempenho de atividades objeto da licitação não viola o princípio da igualdade entre os licitantes, na perspectiva de que a Lei de Licitações prevê que a qualificação técnica assim o permite. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial a ser sanada. 4. Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente à experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, nos termos do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93. 5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do

serviço/produto licitado. 6. Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio, a qualificação técnica - o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes). 7. Precedentes desta Corte Superior. 8. Recurso especial provido.<sup>5</sup>

De forma semelhante, Jessé Torres Pereira Junior assim noticia julgado do Tribunal de Contas Fluminense na matéria:

“[...] a Constituição reservou à autoridade administrativa a discricção necessária e suficiente para incluir nos editais de licitação as exigências de comprovação de qualificação técnica que se ajustem à natureza do objetivo em disputa, suas características e a complexidade de sua execução. Em outras palavras, cabe a cada edital dosar as exigências de modo a resguardar a Administração quanto à experiência da empresa licitante na precedente execução de objetos assemelhados. Para objetos de máxima complexidade e alto custo, o máximo de exigências. Para objetos de menor complexidade e menor custo, nível menos rigoroso de exigências”.<sup>6</sup>

E, para Marçal Justen Filho:

Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, para fins de qualificação técnico-profissional. É inviável reputar que um particular detém qualificação técnica para serviço de trezentas máquinas simplesmente por ser titular de bom desempenho na manutenção de uma única máquina. A Lei consagrou preconceito insustentável, pois a boa execução anterior de quantidades mínimas e (ou) com prazos máximos pode ser a única forma de evidenciação da qualificação técnico-profissional. Seria reprovável a exigência anterior com quantidades mínimas ou prazos máximos se isso fosse desnecessário para comprovação da qualificação técnica do sujeito, em função das peculiaridades do objeto licitado.<sup>7</sup>

No julgamento do RESP n. 295.806, o STJ consentiu com a exigência de quantitativos mínimos:

Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos — vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da

<sup>5</sup> REsp 1257886 / PE - RECURSO ESPECIAL 2011/0125591-4. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. T2 - Segunda Turma; julg. em 03/11/2011; publ. em DJe 11/11/2011. Consulta em 10/02/2020.

<sup>6</sup> JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Renovar, 2003, p. 347.

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 5ª ed., p. 311; grifo nosso

obra —, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.<sup>8</sup>

Sobre o tema, corrobora o voto do Ministro João Otávio de Noronha no Recurso Especial Nº 295.806 – SP, o qual transcreve-se parte:

Não obstante a leitura menos atenta do art. 30 da Lei n. 8.666 possa dar a entender o contrário, o fato é que a interpretação do mencionado dispositivo mais consentânea com o direito remete à direção oposta, qual seja, a de que não há, efetivamente, vedação legal à exigências da espécie. E não poderia ser de outro modo, sob pena de o legislador engessar as legítimas ações da Administração conduzidas com o propósito de assegurar o integral cumprimento do contrato. Com efeito, há situações, como a noticiada nos autos, em que as exigências de apresentação de atestado de experiência anterior das empresas licitantes, com a fixação de quantitativos mínimos, são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se preenchem elas, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.<sup>9</sup>

Sem embargo, os requisitos de qualificação técnica evidenciados no edital objetivam garantir a correta execução contratual, em consonância com o princípio da probidade administrativa e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração.

Portanto, observa-se que a alegação de ilegalidade no excesso de qualificação técnica de não se sustenta pela compatibilidade de adequação do objeto da licitação com as exigências de comprovação de qualificação técnica, em total alinhamento com as previsões da Lei 8666/93, em seu artigo art. 30, II e §1º, I.

**Por todo o exposto, entendo como regular a conduta praticada pelos senhores** Tatiany da Silva Pirola (presidente da comissão permanente de licitação) e Henrique Kruger Damasceno (engenheiro civil - parecerista técnico).

**DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA JURÍDICO, Sr. Gean Fabio Merlim Banza.**

<sup>8</sup> REsp 295806 / SP. RECURSO ESPECIAL 2000/0140290-0. Rel. Min. João Otávio de Noronha. T2 - Segunda Turma. julg. em 06/12/2005; publ. em DJ 06/03/2006 p. 275.

<sup>9</sup> REsp 295.806/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2005, DJ 06/03/2006, p. 275.

Sobre esse aspecto, na Instrução Técnica Conclusiva, a área técnica manifestou-se da seguinte forma:

Ao afirmar que o instrumento convocatório não possuía exigências de habilitação restritivas, sem haver nos autos do processo administrativo qualquer indicativo ou justificativa técnica para inserção das cláusulas de Qualificação Técnica, o parecerista jurídico adentrou em área que não lhe competia, dando base à continuidade do procedimento sem maiores análises e incorrendo em “erro grosseiro” nos termos do art. 28 da LINDB.

De certo, não cabia ao parecerista jurídico avaliar se o conteúdo daquelas cláusulas estava ou não adequado, mas também não cabia afirmar categoricamente que aquelas cláusulas não eram restritivas. Em vez disso, cautelas acerca da necessidade de justificativas expressas deveriam ter sido evidenciadas.

Por fim, sugere-se a manutenção da responsabilidade do sr. Henrique Kruger Damasceno, cujo parecer técnico encontra-se na “Peça Complementar 2487/2019-8”, às fls. 82/88, tratando com “extremo rigor” a metodologia de execução dos serviços, inclusive não aceitando serviços similares para “cavas simples para poste”.

Ao contrário do alegado, observa-se que os aspectos legais das cláusulas foram abordados, mesmo que de forma sucinta e insuficiente, já que teve de responder às alegações da recorrente, expostos às fls. 39/43 daquela peça, sobre a possibilidade de aceitação de serviços semelhantes frente ao risco de exigências excessivas

Na 6ª Sessão da 1ª Câmara, foi anexado aos presentes autos o Memorial 00038/2020. Nessa oportunidade a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/ES) pontuou que o responsável, Sr. Gean Fabio Merlim Banza, atuava como Assessor Jurídico na Procuradoria do Município de Nova Venécia e na ocasião emitiu parecer na Concorrência Pública nº 001/2018.

Segundo o defendente a manifestação da área técnica imputou ao parecerista jurídico a conduta de permitir exigências contidas no edital que não caberiam para a licitação em comento.

O defendente alega que a análise das exigências contidas no edital foge da seara jurídica, referindo-se a questões técnicas, e por essa razão não foram objeto de apreciação

Entende o defendente que o processo licitatório foi totalmente transparente, atendendo as exigências legais, com a participação de diversas empresas e finalizando com a contratação da empresa que atendeu a dotadas as exigências legais contidas no edital.

Assim sendo, não caberia a responsabilização do advogado parecerista, uma vez que atinge sua plena liberdade de atuação resguardado pela Lei 8.096/94.

Na defesa oral apresentada pelo Dr. Bem-Hur Brenner Dan Farina, que o fez representando a OAB, este salientou que as exigências contidas no edital se deram de forma a dar segurança jurídica ao serviço a ser contratado, sendo que o responsável teve a intenção de zelar pela segurança dos serviços e pela legalidade, sendo que um dos conselhos se manifestou penalmente favorável à exigência. Citou a Decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança 24073, que discorre sobre a impunidade material do advogado-geral por pareceres ofertados. Ao final, pediu o arquivamento da representação bem como a juntada das notas taquigráficas e da procuração.

Como fora transcrito acima, quanto à responsabilização do parecerista jurídico a área técnica entendeu que os aspectos legais das cláusulas foram abordados, mesmo que de forma sucinta e insuficiente. Disse ainda que não cabia ao parecerista jurídico avaliar se o conteúdo daquelas cláusulas estava ou não adequado, mas também não cabia afirmar categoricamente que aquelas cláusulas não eram restritivas.

Pois bem. Entendo que para a caracterização da responsabilidade do **parecerista**, necessária é a comprovação do nexo de causalidade que aponta no quanto a manifestação do **parecerista** concorreu para o ato causador de prejuízos ao erário.

Sobre a responsabilização do parecerista pelo Tribunal de Contas, é importante ressaltar que há divergência doutrinária em relação à possibilidade ou não de responsabilização do parecerista jurídico. O Tribunal de Contas da União – TCU passou a responsabilizar o advogado público, e o assunto tomou grandes proporções, chegando até o Supremo Tribunal Federal – STF, através de mandados de segurança impetrados por advogados que emitem pareceres jurídicos na Administração Pública, para fundamentar a prática de atos administrativos. Segue abaixo um resumo, dos julgados do STF referentes aos mandados de segurança: MS 24.073-DF; MS 24.584; MS 24.631-DF e 27.867-DF:



“MS 24.073-DF, julgado em 2002 – o STF entendeu que pareceres de natureza opinativa, em regra, não geram responsabilidade solidária do seu emitente com o administrador. Entretanto, mesmo em se tratando de parecer meramente opinativo, haverá responsabilidade do parecerista nos casos em que elaborar seu parecer com erro grave (grosseiro) ou agir culposa ou dolosamente”;

“O MS 24.073-DF não desceu a minúcias quanto à classificação dos tipos de pareceres e tratou de um caso concreto no qual o parecer foi emitido para reconhecer uma situação que contemplava a possibilidade de contratação direta”;

“Já o MS 24.584-DF, julgado em 2007, trouxe uma classificação tipológica dos pareceres, exposta no Voto Vista do Ministro Joaquim Barbosa, que passou a ser adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias desde então”;

“No julgamento do MS 24.584-DF, reconheceu o STF, a existência de três tipos de consultas, quais sejam:

- 1) a facultativa, que se dá quando a autoridade administrativa, embora haja parecer proferido, não vincula a sua decisão aos termos da manifestação da consultoria jurídica, o seu poder decisório continua pleno e independente do opinamento exarado no parecer;
- 2) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa fica obrigada a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário. Caso a autoridade queira praticar o ato com conteúdo e forma diferentes daquele que foi submetido à consultoria, deverá solicitar nova emissão de parecer. Assim, exemplificativamente, se a consultoria jurídica, depois de consultada sobre a possibilidade de contratação direta, opina, positivamente, pela pertinência da contratação enquadrando-a em hipótese de dispensa, não poderá a autoridade administrativa contratar através de inexigibilidade, salvo se submeter a pretensão a novo parecer da consultoria. De qualquer forma, deve ser ressaltado que embora a consulta prévia seja obrigatória, a autoridade mantém incólume o seu poder decisório, podendo praticar o ato submetido à consulta mesmo que haja parecer contrário à prática;
- 3) a vinculada a parecer, nesse caso a lei estabelece que o ato da autoridade administrativa deverá ser previamente aprovado pela consultoria jurídica. Trata-se

da hipótese de parecer vinculante, onde o administrador “[...] não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.

Nos dois primeiros casos (consulta facultativa e consulta obrigatória) o STF considera que o parecer tem natureza opinativa, de sorte que, em regra, não haverá corresponsabilidade do parecerista, exceto comprovação de erro grave ou conduta culposa/dolosa.

No caso de parecer vinculante o STF considera que a sua natureza não é meramente opinativa, mas sim, que “[...] há efetiva partilha do poder decisório [...]” entre o parecerista e a autoridade administrativa que pratica o ato, de sorte que haverá responsabilidade solidária entre o emitente do parecer e a autoridade administrativa que pratica o ato aprovado pelo parecerista, caso incorra-se em ilegalidade e/ou prejuízo ao erário. Note-se que na hipótese de parecer vinculante o STF não condicionou a responsabilidade do parecerista à presença de erro grave, culpa ou dolo, mas é evidente que deverá haver nexo de causalidade, ou seja, deverá ser demonstrado, no caso concreto, que a ilegalidade ou prejuízo resultaram do opinamento manifestado no parecer.

Esse entendimento foi enfatizado em Julgado do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES:

**ACÓRDÃO TC-875/2016 – PLENÁRIO – Representação. Preliminar. Ilegitimidade passiva ad causam. Parecerista jurídico. Ofensa à Lei 8.666/93. Erro grosseiro. Preliminar não acolhida**

[...]

A esse respeito, o Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU já firmou seu entendimento acerca da possibilidade de responsabilização do “advogado público”, desde que sejam constatados alguns pressupostos específicos, quais sejam: **quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defender tese jurídica aceitável e/ou quando não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial, ou seja, quando ocorrer erro grosseiro, culpa ou dolo.**

Analisando o caso concreto verifica-se que que a própria área técnica afirma que os aspectos legais das cláusulas foram abordados. Além disso afirma o corpo técnico que não era de competência do parecerista jurídico avaliar se o conteúdo das cláusulas estava ou não adequado.

Sendo assim, no presente caso, não se constata no parecer jurídico erro grosseiro, dolo ou má-fé capaz de imputar ao parecerista culpabilidade, devendo ser afastada a irregularidade.

### III. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), divergindo do entendimento exarado pela área técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

**Sergio Aboudib Ferreira Pinto**  
Conselheiro Relator

#### 1. ACÓRDÃO TC-603/2020-6

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

**1.1. AFASTAR** a responsabilidade do senhor Mario Sergio Lubiana (prefeito municipal), tendo em vista a ausência de nexo de causalidade entre a sua conduta e as irregularidades a ele imputadas nestes autos;

**1.2. ACOLHER** as razões de justificativas apresentadas pelos senhores Tatiany da Silva Pirola (presidente da comissão permanente de licitação), Henrique Kruger Damasceno (engenheiro civil - parecerista técnico), Gean Fabio Merlim Banza (assessor jurídico- parecerista jurídico);

**1.3. JULGAR IMPROCEDENTE** a REPRESENTAÇÃO, nos termos do artigo 95, I, da Lei Complementar 621/2012;

**1.4. RECOMENDAR** à atual Administração Municipal Nova Venécia que nas futuras licitações com o mesmo objeto da *sub examine* se abstenha de exigir na fase de habilitação a inscrição no Conselho Regional de Administração, dando-se ciência

deste voto ao atual chefe do Poder Executivo local, aos servidores responsáveis pela elaboração dos editais de licitação;

**1.5. DAR CIÊNCIA** ao representante, na forma regimental, sobre o teor desta decisão;

**1.6.** Em resposta à Petição Intercorrente 242/2020 (peça116), atravessada pela **Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/ES)**, **DEFIRO QUE SEJA INTIMADA constando expressamente das publicações na imprensa oficial o seu próprio nome, bem como os nomes dos ADVOGADOS que constam dos instrumentos procuratórios colacionados aos autos.**

**1.7.** Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** os autos.

**2.** Por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que acompanhou a área técnica e o Ministério Público de Contas.

**3.** Data da Sessão: 24/07/2020 – 13ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente/relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

**Presidente**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

**Fui presente:**

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Secretária-adjunta das Sessões**