



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARÁ**, por meio do Procurador de Contas que subscreve, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 41, inciso II, da Lei Complementar nº 81/2012 c/c art. 234, inciso II, do Regimento Interno, oferecer **REPRESENTAÇÃO** em face de atos praticados pelo Secretário Extraordinário de Estado para Assuntos Penitenciários, **[nome 1]**, conforme fundamentos de fato e de direito que passa a expor.

I – DOS FATOS

Este Ministério Público de Contas recebeu denúncia anônima noticiando que a Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará (SUSIPE) publicou o Edital de Pregão Eletrônico nº 020/2018, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços técnicos e operacionais, objetivando a implementação e integração do sistema de biometria de custodiados do sistema penal.

Segundo a denúncia formulada, a contratação em causa incidiria em duplicidade na execução de serviços, uma vez que a própria agência de notícias do Governo informara que a Fundação de Amparo e Desenvolvimento da Pesquisa (FADESP) e o Núcleo de Tecnologia da Informação da SUSIPE haviam realizado o cadastramento biométrico de 19.220 internos do sistema prisional.

Ademais, segundo a denúncia, o edital do certame estaria eivado de vícios, consistentes na existência de cláusulas restritivas, tais como a indivisibilidade de serviços que deveriam ser parcelados em lotes e a vedação injustificada à participação em consórcios.

Concedida oportunidade para manifestação da SUSIPE, esta informou que não haveria duplicidade de serviços, uma vez que a FADESP realizara mera prova de conceito nas unidades dos polos de Santa Izabel e Marituba no período de 15/01/2019 a 17/01/2019. No que concerne à existência de cláusulas restritivas, informou que não haveria qualquer direcionamento na contratação, porquanto os itens descritos estariam enquadrados em padrões internacionais de coleta, validação e armazenamento de biometria e que tais padrões já são adotados por outros entes federativos.

A denunciante juntou cópia de decisão em Mandado de Segurança, proferida pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda da Comarca da Capital, suspendendo o certame por considerar restritiva a cláusula editalícia que veda, de forma imotivada, a participação de consórcio de empresas (Processo nº 0830982-06.2019.8.14.0301 PJe).

Considerando que os fatos narrados apresentam possíveis infrações à Lei nº 8.666/1993, necessário que recebam o exame técnico qualificado desta e. Corte de Contas, o que se faz por meio da presente representação.

II – CABIMENTO DA REPRESENTAÇÃO

A representação trata de matéria que se insere na competência fiscalizatória do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei Complementar nº 81/2012, uma vez que a fonte de recursos para a contratação proposta é de origem estadual, conforme dotação orçamentária informada no item 15 do edital do certame.

Impende assinalar, ainda, que o membro do Ministério Público de Contas do Estado dispõe de legitimidade ativa, nos termos do art. 41, inciso II, da Lei

Complementar nº 81/2012, para provocar a jurisdição da Corte de Contas por meio de representação.

O interesse processual no oferecimento da presente representação é evidente por estar relacionada com possíveis restrições à competitividade que podem vulnerar a economicidade da contratação.

Por fim, embora a denúncia tenha aportado no Ministério Público de Contas de forma apócrifa, conforme apurado junto à Junta Comercial do Estado do Pará (fls. 59/62), a informação anônima não inibe, nem prejudica a prévia coleta de elementos de informação dos fatos ilícitos com vistas a apurar a veracidade dos dados nela contidos, conforme Resolução nº 07/2017 – MPC/PA – Colégio e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC nº 107.362/PR; HC nº 132.115/PR; INQ nº 1957/PR).

Com efeito, uma vez que a denúncia anônima forneceu, por meios legalmente permitidos, informações sobre o fato e seu provável autor, este Órgão Ministerial adotou medidas destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, a possível ocorrência de eventual situação de violação à Lei nº 8.666/1993 com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos narrados.

Assim, embora os fatos tenham sido noticiados por pessoa jurídica inexistente, conforme informado pela JUCEPA, o interesse público subjacente à notícia de fato impeliu o Ministério Público de Contas a adotar medidas de averiguação em busca de indícios que corroborem as informações da fonte oculta, pelo que esta não encerra qualquer nulidade processual.

III – DO MÉRITO

O Edital de Pregão Eletrônico nº 020/2018 contém cláusulas que, em tese, restringem o caráter competitivo do certame e que podem vir a repercutir sobre a economicidade da contratação. Essas cláusulas dizem com a proibição imotivada de participação de consórcio de empresas, bem como com a adjudicação do objeto por preço global.

Quanto à primeira, o item 2.5 do edital de pregão eletrônico nº 22/2019

– SUSIPE assim dispõe:

2.5 Não poderá participar as empresas na situação de coligadas ou vinculadas, que se encontrem sob falência, recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, dissolução, liquidação ou **em regime de consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição**, empresas estrangeiras que não funcionem no País, nem aquelas que tenham sido declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública ou punidas com suspensão do direito de licitar e contratar, e empresa da qual seja sócio, dirigente ou responsável técnico, servidor de qualquer órgão ou entidade vinculada à SUSIPE [grifos nossos].

O consórcio é uma associação transitória de empresas para a realização conjunta de empreendimento específico, conforme arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/1976. A Lei de Licitações e Contratos e a Lei estadual de Pregão (Lei nº 6.474/2002) facultam a participação de empresas em consórcio como forma de estimular e ampliar a competitividade, como afirma Joel Niebhur:

A principal vantagem da participação dos consórcios diz respeito ao estímulo e à ampliação da competitividade. Ocorre que, como será comentado adiante, ao consórcio atribui-se o direito de somar livremente os aspectos relacionados à capacidade técnica e, proporcionalmente, a qualificação econômico-financeira. Em termos práticos, muitas vezes, empresas sozinhas não conseguem atender ao edital. Entretanto, reunidas em consórcio, conseguem, somando-se as suas experiências técnicas e as suas qualificações econômico-financeiras (NIEBHUR, Joel. **Pregão presencial e eletrônico**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 279).

A potencialidade de ampliação da competitividade constitui, por si só, fator que opera como mitigador da discricionariedade do gestor público no que respeita à decisão de admitir ou não a participação de empresas em consórcio em procedimentos licitatórios. Por tais razões, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem se firmado no sentido de que, embora a decisão quanto à participação de empresas em consórcio seja discricionária, ela, todavia, reclama motivação:

A decisão da Administração de permitir a participação de empresas sob a forma de consórcio nas licitações deve ser devidamente motivada e não deve implicar a proibição da participação de empresas que, individualmente, possam cumprir o objeto a ser contratado, sob pena de

restrição à competitividade (Acórdão nº 1711/2017 – Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo).

A Administração, em respeito à transparência e à motivação dos atos administrativos, deve explicitar as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcios de empresas quando da contratação de objetos de maior vulto e complexidade (Acórdão nº 929/2017 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro).

O impedimento de participação de consórcios de empresas em licitações públicas requer a fundamentação do ato, à luz do princípio da motivação (Acórdão nº 1.305/2013 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo).

A decisão pela vedação de participação de consórcio de empresas, em certame licitatório, é discricionária, porém, deve ser devidamente justificada/motivada no corpo do processo administrativo (Acórdão nº 3.654/2012 – Segunda Câmara, Rel. Min. Marcos Bemquerer).

A decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem (Acórdão nº 2.831/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes).

Devem ser explicitadas as razões para a admissão ou a vedação à participação de consórcio de empresas, mesmo que se trate de decisão discricionária, em respeito ao princípio da motivação (Acórdão nº 1.453/2009 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer).

No mesmo sentido, Joel Niebuhr assenta que a interdição à participação de empresas reunidas em consórcio assume caráter excepcional, a exigir do administrador público a devida motivação: “como o consórcio, em regra, é benéfico para o interesse público, o silêncio do edital deveria significar a possibilidade de as empresas reunirem-se em consórcio. E, somente diante de um caso excepcional concreto, acompanhado da devida motivação, é que se poderia proibi-lo” (NIEBUHR, Joel. **Pregão presencial e eletrônico**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 279).

O ato administrativo que veda a participação de consórcio de empresas em licitações insere-se, portanto, no que vem sendo chamado em doutrina de “discricionariedade justificável”, uma vez que exige do gestor público o ônus de explicitar as razões de interesse público que o levaram à prática do referido ato.

Deste modo, considerando que o procedimento licitatório mencionado se resente de motivação em relação ao ato de exclusão da participação de consórcio de empresas, reputa-se que o caráter competitivo certame, que pauta a realização da melhor escolha pela Administração Pública, restou cerceado.

Em relação à segunda cláusula restritiva mencionada alhures, o item 7.4 do edital dispõe que “no julgamento das propostas será adotado o critério de **MENOR PREÇO GLOBAL**, desde que atendidas às especificações constantes deste Pregão, observando ainda a adequação de cada item componente da proposta aos valores médios de mercado”.

De acordo com o Termo de Referência (ANEXO I), a contratação em causa envolve o fornecimento dos seguintes bens e serviços:

- a) *software* de controle biométrico e suas definições técnicas e operacionais;
- b) equipamentos dedicados para data center e suas definições técnicas e operacionais;
- c) *software* para gestão de banco de dados;
- d) conectividade e suas definições técnicas e operacionais;
- e) mão-de-obra e suas definições técnicas e operacionais;
- f) equipamentos dedicados para a coleta dos dados biométricos dos apenados, visitantes (familiares de apenados), servidores / funcionários da SUSIPE, fornecedores / contratados da SUSIPE e demais pessoas credenciadas junto à SUSIPE, de digitalização de documentos analógicos sob a forma de papel;
- g) equipamentos dedicados a validação biométrica e suas definições técnicas e operacionais;
- h) das características técnicas dedicadas à coleta biométrica do apenado, seus visitantes (parentes dos apenados), dos servidores / funcionários da SUSIPE, dos fornecedores / contratados da SUSIPE e demais pessoas credenciadas pela SUSIPE, quanto ao seu ingresso nas dependências administrativas e prisionais em todo o território do Estado do Pará, captura de dados biométricos extras de apenados, digitalização de documentos e criação de pasta virtual.

Nesse sentido, o item 1.1 do Termo de Referência explicita que “os processos descritos neste termo de referência são indivisíveis não podendo sob hipótese

alguma ser fracionado em lote ou grupo para que 2 (duas) ou mais empresas disputem lotes distintos, cabendo as empresas interessadas participarem com o objetivo de fornecer 100% da solução descrita neste edital e seus anexos”.

Em casos como o presente, o gestor público deve considerar dois aspectos antes de decidir licitar o objeto como um todo ou de modo individualizado: em primeiro lugar, deve-se analisar se o objeto comporta materialmente a divisão sem qualquer prejuízo; em segundo lugar, deve-se analisar se a divisão é a opção mais vantajosa para a Administração Pública do ponto de vista técnico e econômico.

Isto porque o § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”.

Portanto, como se vê do dispositivo transcrito, a divisibilidade dos itens da contratação é a regra, por ampliar a competitividade, uma vez que certas empresas não dispõem de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, mas podem fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas. Deste modo, a indivisibilidade dos itens da contratação, quando decorre de opção da Administração Pública, deve ser excepcional, encerrando, assim, a necessidade de serem explicitadas as razões de interesse público que levaram o gestor público a agrupar os itens da contratação. Nesse sentido, a Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União contém o seguinte enunciado:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondendo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Na espécie, verifica-se que a indivisibilidade dos itens é acidental, e não essencial, uma vez que decorre de escolha deliberada por parte da SUSIPE, porquanto os itens da contratação comportam, em tese, a prestação por diferentes empresas. Sendo assim, esta deveria ter sido fundamentada, uma vez que, como regra, a legislação e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União impõem a adjudicação por itens como forma de propiciar aumento da competitividade e, conseqüentemente, possibilidade de obtenção de propostas mais vantajosas (Acórdão nº 2.901/2016 - Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler; Acórdão nº 2.438/2016 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro; e Acórdão nº 757/2015 – Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas).

Portanto, ao inserir no edital, sem a necessária fundamentação, cláusula dispondo que a realização da licitação terá como critério de julgamento o menor preço global, restou violado, em tese, o disposto no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, bem como o caráter competitivo do certame.

Impende assinalar, por fim, que, nos termos da Súmula nº 222 do Tribunal de Contas da União, as decisões da referida Corte de Contas relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No caso, restou demonstrado que, tanto a proibição de participação de empresas reunidas em consórcio, quanto a adjudicação do objeto por preço global, presentes no Edital de Pregão Eletrônico nº 020/2018, contrariam as decisões do Tribunal de Contas da União em matéria de normas gerais de licitação.

Deste modo, ao fazer inserir no edital cláusulas que interditam a participação de empresas reunidas em consórcio e que dispõem que a realização da licitação terá como critério de julgamento o menor preço global, a SUSIPE violou, em tese, a norma prevista no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, que veda a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação.

Assim, a presente representação tem por objetivo permitir que o Senhor **[nome 1]**, Secretário Extraordinário de Estado para Assuntos Penitenciários, apresente ao e. Tribunal de Contas os fundamentos fáticos e jurídicos que embasam a vedação à participação de empresas em consórcio no Pregão Eletrônico nº 020/2018 e a escolha da adjudicação do objeto por preço global como critério de julgamento.

Caso a motivação do ato não seja apresentada ou seja considerada insuficiente pelo Tribunal, este deve assinar prazo ao responsável a fim de que este adote as medidas necessárias à retificação do Edital do Pregão Eletrônico nº 020/2018, bem como de todos os atos dele decorrentes, nos termos do art. 38 da Lei Complementar nº 81/2012:

Art. 38. Se no exercício da fiscalização for verificada irregularidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma prevista no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, se não atendido, o Tribunal deverá:

I - sustar a execução do ato impugnado;

II - comunicar a decisão à Assembleia Legislativa;

III - aplicar, ao responsável, a multa prevista no art. 83, inciso II.

No caso de desatendimento, deve o Tribunal sustar a execução do ato impugnado, comunicar a decisão à Assembleia Legislativa e aplicar a multa prevista no art. 83, inciso II, da Lei Complementar nº 81/2012 ao responsável.

IV – DA MEDIDA CAUTELAR

A Lei Complementar nº 81/2012, em seu art. 88, incisos I e II, prevê a possibilidade de adoção de medidas cautelares, sempre que existirem fundamentos e provas suficientes, nos casos de receio de grave lesão ao erário e a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito.

Entre as medidas cautelares explicitamente mencionadas na referida lei, encontra-se a que consiste na sustação de ato impugnado ou de procedimento até que se decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 89, inciso III, da Lei Complementar nº 81/2012.

Consoante demonstrado nesta representação, o certame encontra-se maculado por vícios graves que frustram o seu caráter competitivo, incorrendo em contratação onerosa para a Administração Pública.

A ilegalidade evidente do edital indica a robustez dos indícios de violação à Lei de Licitações e Contratos, especialmente de princípios que lhe são caros, como o da seleção da proposta mais vantajosa, da impessoalidade, da economicidade e da ampla competitividade, denotando, assim, a relevância do fundamento da demanda (*fumus boni juris*).

Por outro lado, a fim de evitar a exclusão de potenciais interessados e a possível escolha de proposta menos vantajosa para a Administração Pública, gerando situação fática de difícil irreversibilidade, é de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente, o que configura o justificado receio de ineficácia do provimento final e de grave lesão ao erário e a direito alheio (*periculum in mora*).

Assim, requer-se que, com fundamento no art. 88, incisos I e II, da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas, seja determinado à SUSIPE a imediata suspensão do Pregão Eletrônico nº 020/2018 até que se decida o mérito da questão suscitada ou até que sejam sanados os vícios apontados.

Importa salientar, por fim, que embora exista decisão judicial suspendendo a realização do certame (processo eletrônico nº 0830982-06.2019.8.14.0301), ela contempla objeto reduzido comparativamente à presente representação, porquanto abarca apenas a proibição editalícia de participação de empresas em consórcio. Ademais, é consagrado, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, o princípio da independência das instâncias no âmbito dos tribunais de contas:

A existência de processos no Poder Judiciário e no TCU com idêntico objeto não caracteriza repetição de sanção sobre mesmo fato (*bis in idem*) nem litispendência. No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas. O recolhimento do débito, em um ou outro processo, serve para comprovação de quitação e sana a dívida (Acórdão nº 2006/2013 – Primeira Câmara, Rel. Min. Ana Arraes).

É salutar, inclusive, que se confira maior proteção ao interesse público, sobretudo considerando-se que, no caso de eventual reforma da decisão judiciária, a cautelar ora pleiteada impediria que o procedimento licitatório seja levado a termo baseando-se nas cláusulas restritivas que ora integram o respectivo edital.

V – DO PEDIDO

Ante o exposto, requer o Ministério Público de Contas:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do art. 41, inciso II, da Lei Complementar nº 81/2012;

2 – LIMINARMENTE, com fundamento nos arts. 88, incisos I e II, e 89, inciso III, ambos da Lei Complementar nº. 81/2012, seja determinado, *inaudita altera pars*, ao Senhor **[nome 1]**, Secretário Extraordinário de Estado para Assuntos Penitenciários, que promova a imediata suspensão do Pregão Eletrônico nº 020/2018 e, caso não haja tempo hábil, para que se abstenha de homologá-lo até decisão final de mérito ou até que sejam sanados os vícios apontados;

3 – o encaminhamento dos autos à Secretaria de Controle Externo dessa egrégia Corte de Contas, para análise do edital;

4 – a comunicação processual do representado para apresentar justificativas e esclarecimentos nos termos do art. 90 da Lei Complementar nº 81/2012;

5 – NO MÉRITO, seja a presente representação julgada procedente para:



5.1 – que seja reconhecida a ilegalidade dos itens e subitens do Edital do Pregão Eletrônico nº 020/2018 ora apontados, determinando-se, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c arts. 1º, inciso IX, e 38 da Lei Complementar nº. 81/2012, ao Senhor **[nome 1]**, Secretário Extraordinário de Estado para Assuntos Penitenciários, que adote as medidas necessárias à retificação do Edital do Pregão Eletrônico nº 020/2018, bem como todos os atos dele decorrentes;

5.2 – não cumprida a determinação no prazo fixado, seja susgado o ato, nos termos do art. 71, inciso X, da Constituição Federal c/c arts. 1º, inciso X, e 38 da Lei Complementar nº. 81/2012, sem prejuízo de comunicar o fato à Assembleia Legislativa do Estado e de aplicar multa ao responsável, na forma do artigo 83, inciso II, da mesma Lei.

Por fim, requer seja dada tramitação urgente e preferencial ao processo, na forma preconizada pelo art. 42, inciso VIII, do Regimento Interno.

Termos em que pede deferimento.

Belém (PA), 05 de agosto de 2019.

Stanley Botti Fernandes
Procurador de Contas