



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 175156/11
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993
ENTIDADE: SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
INTERESSADO: CAVALLAZZI, ANDREY, RESTANHO & ARAUJO ADVOCACIA, COMPANHIA DE TECNOLOGIA E DESENVOLVIMENTO S.A., FERNANDO LOPES KIREEFF, JEFFERSON RICARDO BELASQUE, JOAO PIGNATARO NETO, LUCIANA DA ROCHA, MARGARIDA SATHLER, PEDRO ANTONIO MORETTE, RENATO WILL YAN MORATTO, SERCOMTEL CELULAR S/A, SERCOMTEL PARTICIPAÇÕES S/A, SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
ADVOGADO / PROCURADOR BRUNO GALOPPINI FELIX, DANILO MEN DE OLIVEIRA, GABRIEL SALLES, LUCIANA VEIGA CAIRES, NAYARA CANDOTTI SANTANA, ROBERTA CAROLINA FAEDA CRIVARI, ROBERTA KEIKO TAKI IMAGAWA, WELLINGTON LINCOLN SECO
RELATOR: CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO Nº 2044/21 - Tribunal Pleno

Representação da Lei n.º 8.666/1993. SERCOMTEL. Concorrência n.º 1/2011. Contratação de empresa especializada para prestação de serviço, assessoramento e consultoria em recuperação de créditos tributários e incremento de receita municipal. Violação ao Prejulgado n.º 6. Serviços jurídicos comuns. Exigência de pontuação técnica mínima para fins de classificação. Regularidade. Orientação doutrinária. Procedência.

1. RELATÓRIO

Encerram os autos representação lastreada no artigo 113, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 21/06/1993, com pedido liminar de suspensão do certame, e formulada por CAVALLAZZI, ANDREY, RESTANHO & ARAUJO ADVOCACIA, apontando supostas irregularidades ocorridas na Concorrência Conjunta n.º 1/2011 promovida pela SERCOMTEL S.A – TELECOMUNICAÇÕES, SERCOMTEL CELULAR S.A, INTERNET BY SERCOMTEL S.A e COMPANHIA NACIONAL DE CALL CENTER, que se denominam em conjunto, no edital e na minuta do contrato, SERCOMTEL/ASK, tendo por objeto a contratação de sociedade de advogados,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

para a prestação de serviços especializados de advocacia para consultoria/assessoria tributária, bem como para a atuação nas esferas administrativas e judiciais necessária ao patrocínio e/ou defesa de causas de natureza tributária.

A representação aponta a ocorrência de possíveis impropriedades consistentes em: (i) ausência de resposta da Administração para impugnação administrativa ao instrumento convocatório; (ii) atestado de capacidade técnica com limitação tempo/época da prestação do serviço; (iii) exigência desproporcional de capital social mínimo da empresa que atesta a capacidade técnica; (iv) valor das ações patrocinadas como critério de pontuação técnica; (v) critério de pontuação dos atestados de capacidade técnica; e (vi) declaração de disponibilidade mínima de recursos, infraestrutura, equipamentos e pessoal.

O feito foi remetido para manifestação preliminar (Despacho n.º 353/2011, peça 4), oportunidade em que o ente afirmou que:

- (i) a SERCOMTEL, sendo sociedade de economia mista em atuação no setor de telecomunicações, enfrenta grandes exigências de seus clientes e da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), bem como acirrada concorrência, e não goza de imunidade tributária, o que faz com que os serviços especializados de advocacia sejam especialmente relevantes para atender ao princípio da eficiência;
- (ii) a representante não detém interesse processual, eis que não apresentou proposta no certame e desistiu do mandado de segurança que impetrou, após indeferimento de seu pedido de liminar;
- (iii) “A alta complexidade regulatória e fiscal do setor de telecomunicações, relacionada à necessidade de eficiência na gestão das questões fiscais, bem como o alto volume de faturamento anual das empresas – e o valor do seu capital social – exige do administrador cautela em procurar selecionar o prestador de serviços que tenha a confiabilidade, o nível técnico e a estrutura mais adaptados e compatíveis com os serviços que deverão ser prestados pelo futuro contratado” (peça 7, fls. 15), tendo o ato convocatório sido elaborado nesse contexto;
- (iv) a limitação temporal (últimos 12 meses) de prestação do serviço objeto do atestado de capacidade técnica, bem como à data de emissão do atestado (6 meses, ou mais, anteriores à data de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

abertura dos envelopes) e ao capital social mínimo da empresa atestante (R\$1.000.000,00) têm efeito na pontuação técnica (que reflete na ordem de classificação das propostas) e não na avaliação de capacitação técnica mínima, de modo que não há infração ao §5º do art. 30 da Lei nº 8.666/93;

- (v) a delimitação de capital social mínimo de um milhão de reais é razoável, haja vista que o Grupo SERCOMTEL tem capital social somado de R\$ 321.131.081,55 e faturamento anual conjunto de R\$ 250.000.000,00, demonstrando a complexidade e o volume de suas operações, tendo o contratado que demonstrar experiência e estrutura para o atendimento de empresas de grande porte;
- (vi) o critério de pontuação dos atestados de capacidade técnica não é ilegal, visto que a licitação é do tipo técnica e preço e leva em conta a qualidade do fornecedor e de seus serviços, aferida por meio dos critérios objetivos, eis que a metodologia de pontuação (10 pontos por atestado, limitado ao máximo de 50 pontos) e seu caráter não eliminatório assegurariam a razoabilidade e a competitividade;
- (vii) a disponibilidade mínima de recursos, infraestrutura, equipamentos e pessoal, em local específico – ou seja, a instalação de escritório na cidade de Londrina –, é essencial à boa prestação dos serviços e deverá ser feita em até trinta dias contados da assinatura do contrato, não sendo exigida no edital a prévia instalação de escritório de advocacia em Londrina, nada impedindo a participação de sociedades de advogados com sede em outros municípios ou estados; e
- (viii) o valor das ações patrocinadas como critério de pontuação não cria óbice à competitividade, pois é apenas um dentre vários critérios de pontuação, limitado a um número máximo de pontos e que é razoável em razão do porte do grupo e na medida em que “a fixação de faixas de pontuação, que consideram o tipo de tributo em discussão e seu valor monetário, foi o critério estabelecido para aferir de forma objetiva os fatores acima mencionados – confiança depositada no escritório, sua experiência, sua organização, estrutura” (peça 7, fls. 30).

A representação foi recebida (Despacho n.º 694/2011, peça 8) e determinada a citação dos interessados (SERCOMTEL S.A – TELECOMUNICAÇÕES, SERCOMTEL CELULAR S.A, INTERNET BY SERCOMTEL S.A e COMPANHIA NACIONAL DE CALL CENTER, que se denominam em conjunto, no edital e na minuta do contrato, SERCOMTEL/ASK,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

FERNANDO LOPES KIREEFF, signatário do edital e Presidente da SERCOMTEL S.A. – TELECOMUNICAÇÕES, SERCOMTEL CELULAR S.A. e INTERNET BY SERCOMTEL S.A., RENATO WILLYAN MORATTO, signatário do edital e Gerente de Suprimentos e Infraestrutura do grupo SERCOMTEL, JOÃO PIGNATARO NETO, signatário do edital e do parecer jurídico e gestor da Assessoria Jurídica do grupo SERCOMTEL, JEFFERSON RICARDO BELASQUE, signatário do edital e Diretor-Presidente da COMPANHIA NACIONAL DE CALL CENTER, PEDRO ANTONIO MORETTE, signatário do edital e Diretor Administrativo-Financeiro da COMPANHIA NACIONAL DE CALL CENTER, MARGARIDA SATHLER, advogada signatária de parecer jurídico, e LUCIANA DA ROCHA, membro da Comissão Permanente de Licitação).

Em resposta (peça 24), os interessados, após reiterarem grande parte dos argumentos trazidos em manifestação preliminar, aduziram que:

- (i) o Prejulgado n.º 6 não seria aplicável a sociedade exploradora de atividade econômica, quando, no campo competitivo de suas atividades regulares, alternativa não lhes resta, caso queiram manter a mesma dinâmica das demais empresas privadas com as quais concorrem, senão contratarem sociedade de advogados especializadas na advocacia tributária;
- (ii) há a necessidade de avaliar o contexto e alcance do referido prejulgado, que estende à vedação à contratação de advogados a autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e consórcios intermunicipais, sem considerar as peculiaridades de sociedades que exploram a atividade econômica;
- (iii) o próprio prejulgado admite a possibilidade das contratações externas de advogados para questões de notória especialização, no que tange a consultorias, ou contratações para demandas de alta complexidade, desde que o objeto seja específico e tenha prazo determinado;
- (iv) seria razoável interpretar como concurso público infrutífero, requisito erigido pelo prejulgado para a licitude da contratação de advogado, a própria inviabilidade de se contratar no mercado, via concurso público, os serviços pretendidos, e não apenas a realização de concurso público que reste frustrado pelo não aparecimento de possíveis interessados ou pela inabilitação de todos;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

- (v) os valores que seriam dispendidos com a contratação são inferiores aos custos dos advogados internos e dos valores de honorários definidos na tabela da OAB/PR;
- (vi) a pontuação mínima exigida para este item se demonstra razoável e adequada às necessidades e interesses da SERCOMTEL/ASK, tendo-se em vista a segurança, eficiência, experiência e estrutura que se espera do prestador de serviços; e
- (vii) o valor pago até o momento em relação à contratação decorrente da licitação.

A unidade técnica (Instrução n.º 2498/13, peça 26) opinou pela procedência da representação, arguindo violação ao Prejulgado n.º 6, opinando pela aplicação de multas aos interessados, além sugerir o encaminhamento de ofício a FERNANDO LOPES KIREEFF (Presidente da SERCOMTEL S.A. – TELECOMUNICAÇÕES, SERCOMTEL CELULAR S.A. e INTERNET BY SERCOMTEL S.A.), para que informe sobre eventual prorrogação contratual com a sociedade de advogados MARQUES & LIMA CASTRO DINIZ, bem como informe sobre todos os pagamentos efetuados.

O órgão ministerial (Parecer n.º 16940/2013, peça 28) opinou pela procedência parcial da representação, em virtude da afronta ao Prejulgado n.º 6 desta Corte, com expedição de recomendação à SERCOMTEL, para que adote as medidas necessárias para promover a contratação de advogados mediante concurso público, em atendimento ao referido prejulgado.

Por meio do Despacho n.º 733/2014 (peça 29), determinou-se a abertura de novo contraditório, com vistas a intimar as empresas contratantes para que informem se houve eventual prorrogação contratual com a sociedade de advogados MARQUES & LIMA CASTRO DINIZ – ADVOGADOS ASSOCIADOS, bem como indiquem todos os pagamentos efetuados a esta, a fim de subsidiar a convicção desta Corte.

A COMPANHIA NACIONAL DE CALL CENTER (peça 33) informou o estado atual da contratação e os valores até então pagos e afirmou que não é alcançada pelo prejulgado por ser empresa de capital fechado controlada por



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

sociedade de economia mista, no entanto, destacou que em reunião de diretoria foi aprovada a realização de concurso público para a contratação de advogado e a rescisão do contrato decorrente da licitação.

SERCOMTEL S.A - TELECOMUNICAÇÕES, SERCOMTEL CELULAR S.A e INTERNET BY SERCOMTEL S.A apresentaram manifestação (peça 45), esclarecendo o atual estado da contratação e a quantia paga até então.

A unidade técnica (Instrução n.º 2026/14, peça 55) reiterou seu opinativo anterior (Instrução n.º 2498/13, peça 26), opinando pela procedência aplicação de multas aos interessados, em razão da violação ao Prejulgado n.º 6.

De igual forma, o órgão ministerial (Parecer n.º 798/2015, peça 57).

Foi determinada (Despacho n.º 366/2017, peça 70) a intimação da SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES para que se manifeste e informe acerca da realização de concurso público para o cargo de advogado, a qual, em resposta (peça 79) aclarou que: (i) realizou três concursos públicos para a contratação de advogados (Editais n.º 2/2009, 2/2012, e 1/2015); (ii) encaminha relação de advogados que foram aprovados nos respectivos concursos e que estão na ativa; e (iii) em todas as demandas em que é parte, a condução dos processos judiciais e administrativos são de responsabilidade do corpo jurídico de advogados empregados públicos da empresa.

FERNANDO KIREEFF apresentou manifestação (peça 91), arguindo que: (i) não houve qualquer violação ao Prejulgado n.º 6 ou burla ao princípio da competitividade, havendo que se registrar que as contas da SERCOMTEL, relativas ao exercício de 2011, foram julgadas regulares, impactando na presente representação, eis que reconheceu a regularidade de todos os atos da gestão; (ii) inaplicabilidade do Prejulgado n.º 6 à SERCOMTEL, eis que, embora seja ente da administração pública indireta (sociedade de economia mista), é uma estatal que exerce atividade econômica, visto que é concessionária e autorizatória do Serviço Telefônico Fixo Comutado e explora a atividade de telefonia e de internet, não se encontrando submetida integralmente ao regime jurídico administrativo, nem às mesmas regras de contratação da administração direta; (iii) nem a legislação e nem o prejulgado proíbem a contratação de consultoria jurídica, quando se pretende a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

resolução de questão que exijam notória especialização; (iv) o Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, prolatada nos autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 324, concluiu pela constitucionalidade da terceirização de todas as atividades da empresa, inclusive da atividade-fim; e (v) as exigências de pontuação mínima para a classificação dos licitantes foram razoáveis e objetivaram a aferir o conhecimento técnico adequado para a prestação dos serviços licitados.

A Coordenadoria de Gestão Municipal (Instrução n.º 1819/2021, peça 95) recomendou a “procedência parcial da Representação da Lei 8.666/93 formulada pela Sociedade de Advogados ‘CAVALLAZZI, ANDREY, RESTANHO & ARAUJO ADVOCACIA’ relativamente à Concorrência Conjunta 01/2011 SERCOMTEL/ASK, de acordo com o escopo de análise fixado pelo Despacho 694/11-GCG, considerando imprópria, apenas, a contratação de serviços de advocacia sem observância de todos os requisitos fixados no Prejulgado 06-TCE/PR” (fls. 7).

O órgão ministerial (Parecer n.º 474/2021, peça 96) perfilhou a mesma orientação da unidade técnica, opinando pela procedência da representação, tendo retificado seus opinativos anteriores que propugnaram pela expedição de recomendação, eis que a estatal já adotou as medidas necessárias para promover a contratação de advogados mediante a realização de concurso público.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Há que se pontuar que, segundo a decisão monocrática que recebeu a presente representação (Despacho n.º 694/2011, peça 8), duas foram as impropriedades acatadas para a instauração e tramitação do expediente: (i) ofensa aos requisitos do Prejulgado n.º 6, para a contratação de assessoria jurídica, dada a inexistência de concurso público frustrado e o valor da contratação; e (ii) exigência de pontuação técnica mínima para a classificação de licitantes, na forma disposta no artigo 3º, § 2º, Item 1, Subitem III e artigo 3º, § 2º, Item 2, Subitem V, do edital (peça 2, fls. 49 e 51).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Preliminarmente à análise das impropriedades que foram formalmente recebidas por esta Corte, deve-se afastar a alegação suscitada por FERNANDO KIREEFF que aduziu que o julgamento pela regularidade prestação de contas da estatal do exercício de 2011, ano em que foi realizado o procedimento licitatório, reconheceu a licitude de todos os atos de gestão da entidade, inclusive os relatados na presente representação.

No caso, o julgamento pela regularidade das contas, diversamente do alegado, não tem o condão de tornar lícitas todas as decisões havidas no exercício das contas, eis que como vertido pela unidade técnica:

“A análise das prestações de contas anuais é realizada de acordo com escopo pré-definido, englobando um rol relativamente pequeno de itens. Muitas matérias envolvidas nas competências constitucionalmente previstas das Corte de Contas podem não haver sido incluídas no ‘escopo’, mas devem ser apuradas, em sede, por exemplo, de denúncias ou tomadas de contas. Nesta senda, não deve ser acolhida a orientação pugnada pelo Representado, a qual simplesmente impossibilitaria a devida atuação do TCE/PR” (peça 95, fls. 5).

Assim, sem razão o interessado nessa parte.

2.1. Ofensa aos requisitos do Prejulgado n.º 6

O Prejulgado n.º 6 desta Corte definiu as regras gerais para contratação de contadores e assessores jurídicos dos poderes Legislativo e Executivo, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e consórcios intermunicipais, e deixou consignada a necessidade de realização de concurso público para o exercício de tais funções, prescrevendo que a terceirização somente seria possível com o atendimento de determinados requisitos, entre os quais: (i) comprovação de realização de concurso infrutífero; e (ii) valor máximo pago à terceirizada deverá ser o mesmo que seria pago ao servidor efetivo.

Efetivamente, não houve a realização concurso, que tivesse restado infrutífero, ou seja, sem a admissão de qualquer advogado, como admitido pelas próprias interessadas quando afirmam que “seria razoável interpretar como concurso público infrutífero, no caso em tela, a própria inviabilidade de se contratar no mercado, via concurso público, os serviços pretendidos pela SERCOMTEL/ASK, e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

não apenas a realização de concurso público que reste frustrado pelo não aparecimento de possíveis interessados ou pela inabilitação de todos” (peça 24, fls. 28). O argumento das interessadas pretende ver reconhecido como concurso público infrutífero a possível inviabilidade de se contratar, por meio de concurso, profissionais com conhecimento técnico necessário para a prestação dos serviços que forma licitados. Mas isso não se afigura razoável.

Do edital da licitação promana a explicitação do seu objeto consistente na “contratação de sociedade de advogados, para a prestação de serviços especializados de advocacia para consultoria/assessoria tributária, bem como para a atuação nas esferas administrativas e judiciais necessária ao patrocínio e/ou defesa de causas de natureza tributária, de acordo com os critérios, termos e condições estabelecidas neste Edital e seus anexos” (peça 2, fls. 46).

A partir do entendimento desta Corte de Contas exarado em vários julgados, tem-se como pacífica a jurisprudência no concernente à impossibilidade de terceirização de serviços advocatícios considerados comuns, como os de natureza tributária e previdenciária, como no caso dos autos, eis que tais não exigem notórios e especializados conhecimentos técnicos.

Essa remansosa jurisprudência se iniciou com o Prejulgado n.º 6, consoante o qual:

“Consultorias contábeis e jurídicas - Possíveis para questões que exijam notória especialização, em que reste demonstrada a singularidade do objeto ou ainda, que se trate de demanda de alta complexidade, casos em que poderá haver contratação direta, mediante um procedimento simplificado e desde que seja para objeto específico e que tenha prazo determinado compatível com o objeto, não podendo ser aceitas para as finalidades de acompanhamento da gestão”.

Em razão do referido prejulgado que, por força do artigo 79, *caput*, da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual n.º 113, de 15/12/2005), tem aplicabilidade geral e vinculante, só se admite a terceirização de serviços jurídicos que exijam notórios conhecimentos técnicos em razão da singularidade do objeto ou da sua alta complexidade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

E, como já dito, a recuperação de créditos tributários e previdenciários não se reveste da complexidade e singularidade exigidas para tornar lícita a sua terceirização, conforme se pode abstrair da seguinte decisão:

“Consulta. Contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de assessoria e capacitação para revisão da alíquota dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) e recuperação de créditos previdenciários. Conhecimento e resposta nos seguintes termos:

a) A averiguação da atividade preponderante do ente público para fins de verificação da alíquota dos Riscos Ambientais do Trabalho (RAT) não exige laudo técnico ou contratação de empresa especializada e deve ser realizada por servidor responsável pela emissão da Guia de Recolhimento, não sendo possível a terceirização desta atividade, sob pena de caracterização de despesa desnecessária e violação ao mandamento constitucional do concurso público. Existe a possibilidade de contratação de empresa especializada para emissão de laudo técnico para fins de contestação do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) publicado anualmente, condicionada ao fato de o ente não possuir pessoal especializado em seu quadro e à apresentação de justificativa da necessidade do gasto. Em face da periodicidade da contestação do FAP, deve o ente instituir controles internos acerca dos elementos que compõem o cálculo do índice, a fim de subsidiá-la.

b) É possível a contratação de empresa especializada para treinamento dos servidores em recuperação de créditos previdenciários, inclusive dos ocupantes de cargo de advogado e daqueles responsáveis pela emissão da Guia de Recolhimento ou pelo controle interno dos elementos que compõem o cálculo do FAP.

c) Não é possível a contratação de empresa para requerer administrativamente a compensação de valores de contribuições previdenciárias perante a Receita Federal, salvo hipóteses excepcionais previstas pelo Prejulgado n.º 06 desta Corte de Contas’ (Acórdão n.º 3650/2016, do Tribunal Pleno).

No mesmo sentido, o Acórdão n.º 3724/2019, do Tribunal Pleno:

“Conforme consignou o acórdão recorrido, os serviços contratados, compensação de verbas recolhidas indevidamente ao INSS, a título de contribuição previdenciária e reenquadramento e redução da alíquota de contribuição do RAT – Riscos Ambientais do Trabalho, caracterizam-se como atividades rotineiras, que não necessitam de conhecimentos notórios e especializados para serem desempenhadas, podendo ser realizadas por servidores do próprio quadro do município, mediante entrega de declaração com



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

informações relativas aos créditos utilizados e aos respectivos débitos compensados.

A respeito do tema, este Tribunal consolidou entendimento, por meio do Prejulgado nº 6 (Acórdão nº 1111/08-STP)4 , no sentido de se efetuar a terceirização de serviços de advocacia para questões que exijam notória especialização, em que reste demonstrada a singularidade do objeto ou ainda, que se trate de demanda de alta complexidade

Caso os servidores não reunissem condições para realizar os serviços de compensação tributária, competiria ao Prefeito Municipal adotar as medidas necessárias para o aperfeiçoamento técnico, como cursos e treinamentos”.

Em igual toada, o Acórdão n.º 1262/2019, da Segunda Câmara, assim ementado:

“TOMADA DE CONTAS EXTRAORDINÁRIA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS.

01.Prejulgado n.º 6: vedação à terceirização de serviços contábeis e jurídicos. Vedação que abrange a contratação de escritórios de advocacia com vistas à compensação de contribuições previdenciárias junto ao INSS. Confirmação da jurisprudência por meio do Acórdão n.º 3650/16 do Tribunal Pleno. Ilegalidade da contratação. Aplicação de multa ao gestor.

02.Contratação de honorários por êxito. Remuneração do contratado mediante compensação precária de créditos previdenciários por simples declaração em GFIP. O efetivo êxito exige a definitividade das compensações. Configuração de pagamentos antecipados. Condenação à devolução. 03.Procedência da representação. Condenação à devolução dos recursos. Aplicação de multas”.

Não bastasse isso, os valores atribuídos à contratação poderiam desaguar em montantes superiores aos pagos a servidores efetivos, o que também contraria o prejulgado em epígrafe, o que só não se tornou efetivo em razão da não prorrogação dos referidos contratos. Mas ainda assim a eiva permanece.

Assim, há que se reconhecer a inobservância do referido prejulgado, nos termos acima ventilados.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Apesar do reconhecimento da procedência da presente representação, não se mostra cabível a aplicação de multa, eis que, como consignado pela unidade técnica, cujo opinativo adoto como razões para decidir:

“Ousa-se divergir das análises técnicas precedentes (ora se perfilhando aos exames do Ministério Público de Contas) apenas no que tange à aplicação de multa aos agentes responsáveis pela contratação, uma vez que vislumbra-se absoluta boa-fé nas respectivas condutas (existindo peculiaridade no caso concreto que torna, ao menos, questionável a aplicação do Prejulgado 06, qual seja, o fato de a SERCOMTEL explorar atividade econômica), além de que, conforme demonstrado nas Peças 78/88, houve adoção de medidas de forma ágil visando à adequação da situação, realizando-se dois concursos públicos após a questão ser suscitada (nos exercícios de 2012 e 2015), com notícia de que ‘todas as demandas em que é parte o ente administrativo foram internalizadas, de modo que a condução dos processos judiciais e administrativos são de inteira responsabilidade do corpo jurídico de advogados empregados públicos da empresa’” (peça 95, fls. 6).

2.2. Exigência de pontuação técnica mínima para a classificação de licitantes

Na presente representação aponta-se como irregular as exigências contidas no artigo 3º, § 2º, Item 1, Subitem III e artigo 3º, § 2º, Item 2, Subitem V, do edital. Eis a redação desses dispositivos:

“Art. 3º A Proposta Técnica deverá ser apresentada, preferencialmente em papel com timbre da empresa proponente, devidamente assinada, sem emendas, entrelinhas ou borrões que possam prejudicar sua inteligibilidade e autenticidade, devendo conter, necessariamente, os itens a seguir:

(...)

§2º Critérios de pontuação:

1) Pós graduação dos advogados da Licitante alocados para a prestação dos serviços em alguma das seguintes áreas do Direito: Direito Civil, Direito Empresarial, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Tributário, Direito Previdenciário.

(...)

III) Serão desclassificados os escritórios que não fizerem pontuação mínima de 20 (vinte) pontos.

(...)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

2) Experiência da Licitante (pessoa jurídica) no Contencioso Tributário:

(...)

V) Serão desclassificados os escritórios que não fizerem pontuação mínima de 700 (setecentos) pontos na Experiência da Licitante (pessoa jurídica) no Contencioso Tributário.

De fato, o instrumento convocatório determina a desclassificação de propostas caso não atingida pontuação técnica mínima, no concernente à pós-graduação dos advogados e à experiência na atuação do contencioso tributário, e isso se mostra irregular.

Diferentemente do previsto para licitações do tipo melhor técnica, nas de menor preço não há prescritivo legal que autoriza a desclassificação da proposta que não atinge uma pontuação mínima. O artigo 46, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, ao regular o procedimento licitatório para o tipo melhor técnica prevê expressamente que apenas será aberta as propostas de preços das licitantes que tenha obtido a pontuação mínima descrita no edital, mas essa previsão não parece alcançar as licitações do tipo técnica e preço. Para tanto, confira-se os parágrafos 1º e 2º do referido artigo 46:

Art. 46. (...) § 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a **valorização mínima** estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a **valorização mínima**;

(...)

§ 2º Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório".

Perceba-se que o inciso II do referido § 1º, que autoriza a desclassificação de proposta que não tenha atingido a pontuação mínima, não se aplica ao tipo técnica e preço por expressa determinação do § 2º do mesmo artigo. Se assim o é não caberia, em licitações do tipo técnica e preço, a desclassificação de proposta técnica que não tenha atingido uma valorização mínima.

Apesar dessa interpretação ser possível, tendo sido inclusive apontadas no Despacho n.º 694/2011 (peça 8) duas decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) nesse sentido (Acórdão n.º 2386/2003 da Primeira Câmara e Acórdão n.º 1526/2008 da Segunda Câmara), pode-se vislumbrar claro dissídio no âmbito interno desta Corte, eis que se observou a existência de julgado em sentido contrário, o qual prescreveu que:

"O primeiro ponto diz respeito à previsão de desclassificação das propostas que não obtiver o mínimo de 60% do total geral da pontuação técnica para o item cotado (subitem 11.3, fls. 8 do anexo 3). Diferentemente do entendimento da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti, entendo que, à luz do inciso IV do § 1º do art. 46 da Lei de Licitações, pode-se fixar exigências mínimas de caráter técnico, que devem ser cumpridas pelo licitante sob pena de ver a respectiva proposta de preço descartada pela comissão julgadora. Assim, desde que atenda à proporcionalidade e à razoabilidade, os critérios de julgamento da proposta técnica podem e devem ter natureza eliminatória e classificatória, consoante a doutrina citada pela Caixa Econômica Federal - Caixa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Defendo que o estabelecimento de um quantum mínimo de pontuação técnica para a classificação é da própria natureza das licitações do tipo técnica e preço. Quanto maior o nível de complexidade técnica do objeto licitado, maior o peso a ser dado à pontuação dos quesitos técnicos para fins de julgamento. Caso a licitante não atinja um mínimo de pontos, ela naturalmente deve ser considerada inapta para prestar o serviço licitado. Assim, não vislumbro falhas nos procedimentos da Caixa no que tange a esse ponto especificamente." (Acórdão 2658/07 - Plenário, publicado no DOU em 11/12/07 - rel. ministro Raimundo Carreiro).

É possível encontrar na doutrina o mesmo entendimento declinado no acórdão citado.

Nessa toada, preleciona Marçal Justen Filho, ao descrever o procedimento da licitação de técnica e preço que:

“7.2) Procedimento da licitação de técnica e preço

Grande parte das regras sobre licitação de melhor técnica aplica-se à de técnica e preço. Na fase de exame das propostas técnicas, o procedimento é similar ao da licitação de melhor técnica, especificamente no tocante à atribuição de notas técnicas, desclassificação dos licitantes que não preencherem exigências mínimas etc. Por igual, na fase de julgamento das propostas de preço, verifica-se a atribuição de notas proporcionadas ao fator econômico” (grifou-se) (**Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. 18 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo :Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1063).

Para Hely Lopes Meirelles também seria possível a desclassificação de proposta técnica, que:

“A concorrência de técnica e preço permite a conjugação dos fatores *qualidade, rendimento, preço, prazo* e outros pertinentes ao objeto da licitação, previstos no edital, para aferição da proposta mais vantajosa, em face do critério de julgamento estabelecido no ato convocatório. Neste caso, os requisitos técnicos exigidos devem ser claramente enunciados no edital, sem limite de preços, para que os concorrentes possa oferecer as vantagens econômicas em livre competição. As propostas que não satisfizerem os requisitos mínimos de técnica serão desclassificadas” (grifou-se) (**Licitação e contrato administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 84).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Como também para Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino que entendem que:

“Tal qual no de melhor técnica, processa-se este tipo de licitação em três etapas que dão lugar a três envelopes (documentos, proposta técnica e proposta de preços).

(...)

Se houver habilitação, apenas os licitantes habilitados terão aberto o seu segundo envelope: propostas técnicas. Os classificados nessa segunda fase, ou seja, apenas aqueles cujas propostas forem consideradas tecnicamente suficientes, passarão na ordem de classificação abertura do terceiro envelope contendo os preços das propostas” (**Manual prático de licitações**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 220-221).

Diante da orientação da doutrina que ora se acolhe não se considera irregular a fixação de pontuação técnica mínima para fins de classificação de proposta.

III. VOTO

Destarte, ante o acima exposto, VOTO:

I) pela procedência da presente representação em razão da terceirização irregular de serviços advocatícios, em violação ao Prejulgado n.º 6 deste Tribunal de Contas;

II) pelo encerramento, após o trânsito em julgado, feitas as devidas anotações, nos termos do artigo 398 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

É o voto.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

I. Julgar pela procedência da presente representação em razão da terceirização irregular de serviços advocatícios, em violação ao Prejulgado n.º 6 deste Tribunal de Contas;

II. após o trânsito em julgado, determinar o encerramento dos autos, nos termos do artigo 398 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Plenário Virtual, 19 de agosto de 2021 – Sessão Virtual nº 14.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Relator

FABIO DE SOUZA CAMARGO

Presidente