

RECURSO ORDINÁRIO N. 986875

Processo referente: Denúncia n. **887953**
Procedência: Prefeitura Municipal de Ibiraci
Recorrente: Marcel Borges Marinho
Procurador: Márcio de Freitas Cunha – OAB/SP n. 190.463
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO. TERMO DE REFERÊNCIA. INSUFICIÊNCIA DE INFORMAÇÕES. IRREGULARIDADE. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA MINUTA DO CONTRATO. IRREGULARIDADE. MULTA AO SUBSCRITOR DO EDITAL. RECURSO NÃO PROVIDO. MULTA MANTIDA.

1. O Termo de Referência ou Projeto Básico é um instrumento obrigatório para toda contratação (seja ela por meio de licitação, dispensa, inexigibilidade e adesão à ata de registro de preços), sendo elaborado a partir de estudos técnicos preliminares e devendo reunir os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para caracterizar o objeto, bem como as condições da licitação e da contratação. O Termo de Referência precário, com insuficiência de informações, se constitui, portanto, em irregularidade.
2. A indicação da dotação orçamentária, que irá comportar os gastos públicos decorrentes da execução de convênios, contratos, acordos ou ajustes firmados pelo Estado, é exigência legal que não pode ser desprezada, uma vez que visa a demonstrar e promover, respectivamente, a existência e a reserva de recursos e acompanhar a execução do plano plurianual, o cumprimento das diretrizes orçamentárias, bem como do respectivo orçamento (Súmula n. 23 – TCEMG).

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

17ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 21/06/2017

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Marcel Borges Marinho, Presidente da Comissão Permanente de Apoio ao Pregoeiro (COPEL) do Município de Ibiraci no exercício financeiro de 2013, contra decisão da Primeira Câmara deste Tribunal proferida na sessão do dia 12/07/2016, nos autos do Processo n. 887.953, Denúncia apresentada pela empresa Rede Cidade Desenvolvimento Sustentável Ltda., apontando irregularidades no Pregão Presencial n. 30/13 – Processo Licitatório n. 361/13, deflagrado pelo Município de Ibiraci.

Decidiu aquele Colegiado, fl. 344v do citado processo:

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia;

II) aplicar multa ao Sr. Marcel Borges Marinho, então Presidente da Comissão Permanente de Apoio ao Pregoeiro e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (um mil reais) pelas irregularidades alusivas à insuficiência do termo de referência, bem como pela ausência de indicação da dotação orçamentária na minuta do contrato, o que totalizou o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais), nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102/2008;

III) deixar de aplicar multa aos Srs. José Fernando Hermógenes de Freitas e Bruno Carvalho dos Santos, respectivamente Prefeito do Município de Ibiraci e pregoeiro à época, por entender que as irregularidades apuradas naqueles autos eram de responsabilidade exclusiva do signatário do edital.

Considerando os termos contidos na certidão à fl. 08, admiti o Recurso Ordinário, conforme despacho de fls. 09/09v, uma vez que próprio, tempestivo e o Recorrente, parte legítima.

Acrescento que, embora não tivesse sido juntada procuração aos autos, recebi o recurso uma vez que também foi subscrito pelo Recorrente, conforme fl. 01.

O Recorrente, no tocante ao Termo de Referência, entendeu que o referido documento se encontrava devidamente detalhado, com elementos necessários e suficientes para a devida formalização da contratação, em conformidade com a legislação aplicada.

Aduziu que os Decretos n. 3.555/2000 e n. 44.786/2008 são de aplicação no âmbito federal e estadual, respectivamente, e insuscetíveis de aplicação de sanções administrativas no âmbito municipal.

Quanto à ausência de dotação orçamentária, o Recorrente afirmou haver no processo licitatório documento contendo o referido valor bloqueado, a indicação da ficha e a estimativa de impacto orçamentário-financeiro.

Afirmou, ainda, que a ausência de indicação orçamentária especificamente na minuta do contrato não acarretaria maiores danos aos licitantes, tendo em vista o referido documento comprovando a existência de dotação orçamentária e o respectivo bloqueio, e que a redação do art. 40 da Lei n. 8.666/93 não exige que tal indicação conste expressamente no corpo do edital.

Segundo o Recorrente, as potenciais irregularidades no Termo de Referência devido à insuficiência de informações e a ausência de indicação de dotação orçamentária na minuta, em nada prejudicaram o regular processamento do certame, segundo os preceitos legais estabelecidos no ordenamento jurídico, especificamente nas Leis n. 8.666/93 e n. 10.520/02.

Considerou que a licitação realizada atingiu todos os objetivos pretendidos, quais sejam, alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração, atendendo ao interesse público, proporcionando igualdade de condições entre os licitantes, e que não restou demonstrado qualquer prejuízo ao erário e aos princípios do Direito Administrativo.

Considerou, também, que as supostas irregularidades apontadas não ensejavam mais que meros vícios formais, passíveis de correção, não acarretaram efetivos danos e deveriam ser analisados à luz da razoabilidade para uma aplicação de sanção administrativa equânime.

Por essa razão o Recorrente entendeu ser excessivo e desproporcional o montante estabelecido a título de sanção administrativa, considerando a natureza ou gravidade do caso e os efetivos danos decorrentes.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do presente Recurso para reforma da sentença recorrida e a não aplicação de multa como sanção administrativa, considerando não ter ocorrido qualquer dano administrativo e, principalmente, ao erário, e por existirem outras sanções administrativas menos penosas, como a advertência.

A Unidade Técnica, às fls. 10/12, manifestou-se pela manutenção da decisão recorrida, mas ressaltou, contudo, no tocante à ausência de indicação da dotação orçamentária, que a irregularidade deveria ficar limitada à ausência de indicação orçamentária na minuta do contrato.

Considerou que o valor da multa não parecia desarrazoado e desproporcional ao ilícito administrativo; todavia, submeteu à consideração superior a apreciação do argumento do Recorrente de que o valor da multa era excessivo e desproporcional em relação às irregularidades.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, às fls. 14/15, opinou pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Da admissibilidade

Saliento, nos termos da certidão de fl. 08, que:

_ o recurso impugna decisão deste Tribunal disponibilizada no Diário Oficial de Contas do dia 09/08/2016;

_ a inicial do presente recurso foi protocolizada em 18/08/2016 (fl. 01);

_ é inequívoco o interesse processual do Recorrente.

Presentes os requisitos formais previstos no art. 335 do Regimento Interno desta Corte, quer quanto à tempestividade, quer quanto aos demais requisitos previstos nos incisos I a III do mencionado artigo, conheço do recurso.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Conheço.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Conheço, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Conheço.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também conheço.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

ADMITIDO O RECURSO, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II.2 – Mérito

II.2.1 – Do Termo de Referência

O Recorrente, à fl. 03, sustentou que o referido documento se encontrava devidamente detalhado, com elementos necessários e suficientes para a devida formalização da contratação, em conformidade com a legislação aplicada.

Afirmou que as informações nele contidas foram elaboradas em consonância com o disposto no art. 3º da Lei n. 10.520/02, com precisão e clareza do objeto bastantes para garantir o regular processamento do procedimento licitatório segundo a viabilidade e conveniência da contratação, bem como a competição entre os licitantes.

Aduziu que os Decretos n. 3.555/2000 e n. 44.786/2008 são de aplicação no âmbito federal e estadual, respectivamente, e insuscetíveis de aplicação de sanções administrativas no âmbito municipal.

O Órgão Técnico, às fls. 10/10v, analisando o termo de referência anexado à fl. 104 do Processo n. 887.953 observou que o objeto licitado estava descrito de maneira precária, conforme havia destacado o Relator em seu voto, uma vez que não há descrição detalhada dos serviços e a devida caracterização do objeto.

Salientou que o Recorrente não apresentou qualquer fato novo, que permitisse aferir novo entendimento acerca do apontamento, razão pela qual a Unidade Técnica entendeu que a decisão ora recorrida não merecia ser reformada nesse particular, ficando confirmada a irregularidade.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por sua vez, fl. 14v, citou a análise técnica proferida e entendeu que a decisão ora atacada não merecia reparo no ponto em questão, podendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

A Lei n. 10.520/02, que instituiu o Pregão, disciplinou no inciso III do art. 3º a fase interna dessa modalidade licitatória, que será iniciada com a apresentação da demanda:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor. (grifei)

Da análise desse dispositivo verifica-se que a Lei disciplinou que dos autos do procedimento constarão a definição do objeto, a justificativa acerca da necessidade da contratação, elementos técnicos necessários, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento, as cláusulas do contrato, fixação dos prazos para fornecimento e o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação.

Não houve previsão acerca da elaboração do documento intitulado “*termo de referência*”, tampouco que este constituiria um dos anexos obrigatórios do edital licitatório.

A disciplina acerca do termo de referência consta dos decretos que regulamentaram a Lei n. 10.520/02, tanto os federais como o do Estado de Minas Gerais.

No âmbito federal, por força do art. 8º, II e III, “a”, do Decreto n. 3.555/00, nas licitações na modalidade pregão surge a obrigatoriedade da elaboração do termo de referência, que, em verdade, compila os elementos exigidos na fase preparatória do pregão nos exatos termos do inciso III, do art. 3º, da Lei n. 10.520, supramencionado. É o documento que deverá conter a definição do objeto, de forma precisa, suficiente e clara, os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento, o cronograma e o prazo de execução.

Vejamos:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III – a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado; (grifei)

Assim, por meio do termo de referência, é iniciada a fase interna do pregão no âmbito dos órgãos federais, documento que contém a definição dos elementos básicos acerca da contratação que se pretende, o código genético da licitação, nas palavras de Jair Eduardo Santana, a partir do qual o instrumento convocatório e minuta contratual são elaborados.

Alguns doutrinadores pátrios lecionam, inclusive, que as informações contidas no termo de referência não são definitivas, prestando-se a nortear as atividades internas da Administração, podendo ser alteradas no instrumento convocatório¹.

O art. 21 do mesmo Decreto arrola os documentos que devem compor os autos do processo licitatório, dentre os quais está incluído o termo de referência, restando claro que não é um documento parte integrante, como anexo, do edital de licitação, vejamos:

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

I – justificativa da contratação;

II – termo de referência, contendo descrição detalhada do objeto, orçamento estimativo de custos e cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso;

[...]

VIII – edital e respectivos anexos, quando for o caso;

[...] (grifei)

Também o Decreto Federal n. 5.450/05, que trata do pregão na forma eletrônica, disciplinou o termo de referência como documento elaborado na fase preparatória do pregão, devendo compor os autos, vejamos:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I – elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

II – aprovação do termo de referência pela autoridade competente;

[...] (grifei)

¹ NIEBUHR, Joel Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 260.

Art. 30. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos:

I – justificativa da contratação;

II – termo de referência;

[...] (grifei)

Ex positis, os regulamentos federais disciplinaram o termo de referência como um documento que deve compor o processo licitatório, não se exigindo que o mesmo constitua, obrigatoriamente, anexo do edital de licitação. Dos dispositivos citados extrai-se que o termo de referência é o documento elaborado na fase preparatória da licitação, contendo dados para que a Administração avalie a possibilidade de aquisição ou contratação do serviço.

Essa é a posição sustentada pelo Tribunal de Contas da União, nos Acórdãos n. 718/2010, n. 5263/2009 e n.1153/2013.

Lado outro, o Decreto Mineiro n. 44.786/08, que regulamentou a Lei do Pregão n. 14.167/02, trouxe previsão diversa, exigindo que o documento seja um anexo do edital de licitação. É o que se vê da leitura do inciso I, do §10, do art. 7º, nestes termos:

Art. 7º A elaboração do edital de pregão deverá observar, no que couber, o disposto no art. 40 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

[...]

§ 10. Constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante:

I – Termo de Referência; e

[...] (grifei)

Portanto, resumindo, na esfera federal, por força da previsão legal contida no inciso II, do art. 8º e art. 21, do Decreto Federal n. 3.555/00, e, ainda, no inciso I, do art. 9º e art. 30, do Decreto Federal n. 5.450/05, nos processos licitatórios instaurados pelos órgãos federais, o termo de referência é documento que deve compor os autos, não constituindo parte integrante do instrumento convocatório.

Já no Estado de Minas Gerais, os órgãos da administração direta dos Poderes do Estado, e indireta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado, devem incluí-lo como um dos anexos do instrumento convocatório, cumprindo-se o disposto no inciso I, do §10, do art. 7º, do Decreto n. 44.786/08.

Posto isto, concluo que o termo de referência não é elemento essencial e obrigatório dos editais de licitação da administração municipal, posto que padece de amparo legal tal exigência. A uma por que não podemos invocar a observância dos decretos federais e estadual pelos municípios; a duas, se não restar comprovada a existência de regulamentação municipal que o exija.

Aos municípios cabe a observância da Lei n. 10.520/02, que tem aplicação cogente a todos os entes da federação, diploma específico para a modalidade licitatória de pregão, que não disciplinou a elaboração do documento termo de referência, tampouco sua divulgação pelo instrumento convocatório. Destarte, não se olvide que os autos do processo licitatório devem

estar devidamente instruídos na forma prevista no art. 3º, da Lei n. 10.520/02, que dispôs acerca dos procedimentos a serem observados, bem como documentos imprescindíveis à fase preparatória do pregão.

Cumprido assentar que aos municípios cabe a faculdade de expedição de regulamentação da matéria, com espeque no sistema de distribuição de competência legislativa, disciplinando se na fase interna do certame deve ser elaborado o termo de referência, e se, nesse caso, deve compor os autos do processo licitatório ou constituir elemento do instrumento convocatório. Mister ressaltar que é prudente esclarecer que, mesmo na ausência de regulamentação municipal, o gestor não está impedido de elaborar o termo de referência, juntando-o aos autos ou veiculá-lo como um dos anexos do edital de licitação, decisão esta que se reveste dos aspectos de conveniência e oportunidade e deve pautar-se pela escolha do procedimento que melhor atenda ao interesse público.

Lado outro, é recomendável que os órgãos e entidades municipais façam constar o termo de referência como um dos elementos essenciais dos editais de licitação, devendo ser irrestritamente divulgado e franqueado pela administração licitadora, por entender que o documento compila informações essenciais, privilegiando os princípios da transparência, publicidade, ampla competitividade e isonomia.

Nesse sentido é a orientação doutrinária do Prof. Jair Eduardo Santana²:

Inexiste na Lei Geral do Pregão (Lei 10.520/02) menção expressa ao termo de referência. Pelos comandos do art. 3º, I, II e III, entretanto, exsurge a sua necessidade e imprescindibilidade. É que o termo de referência é peça obrigatória nos autos do procedimento de pregão.

E, também,

O termo de referência constitui-se em medida salutar, que poderia perfeitamente ser estendido para todas as modalidades de licitação e para toda a Administração Pública nacional. É realmente conveniente que quem requeira a abertura do processo de licitação esclareça o que pretende com ele, indicando o objeto, o modo de execução e o valor orçado. Quem requer a licitação é quem utilizará futuramente o objeto contratado. Portanto, é ele quem deve dizer o que precisa, o que é feito, repita-se, mediante o termo de referência. (Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008. p. 158).

Ultrapassada, portanto, a discussão acerca da aplicabilidade dos citados decretos federais e estadual na esfera municipal, questionada pelo Recorrente, cumpre analisarmos mais a fundo a finalidade do documento intitulado “*termo de referência*”.

A fase interna do procedimento licitatório, conforme já dito, inicia-se com a requisição de um setor demandante da Administração, à autoridade competente, sobre a necessidade de aquisição de um bem ou prestação de serviço. Embora não existam exigências de muitas formalidades, a requisição deve ser redigida especificando o objeto de forma clara, objetiva e precisa, a fim de que a elaboração do instrumento convocatório, pautado na descrição contida

² SANTANA, Jair Eduardo. “*Pregão Presencial e Eletrônico*”. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 182.

na solicitação, possibilite a contratação que, verdadeiramente, atenderá às necessidades da Administração.

Recentemente esta Corte de Contas divulgou cartilha³ acerca do tema, da qual transcrevo os seguintes trechos:

O Termo de Referência ou Projeto Básico é o instrumento de gestão estratégica que determina o sucesso ou insucesso de uma contratação pública. É possível comprar com qualidade no serviço público. Para tanto é necessário especificar bens, serviços e obras de forma clara, descritos em Termos de Referência ou Projetos Básicos bem elaborados que possam resultar em contratações eficazes.

(...)

O Termo de Referência ou Projeto Básico é um instrumento obrigatório para toda contratação (seja ela por meio de licitação, dispensa, inexigibilidade e adesão à ata de registro de preços), sendo elaborado a partir de estudos técnicos preliminares e devendo reunir os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para caracterizar o objeto, bem como as condições da licitação e da contratação. Considera-se, pois, que o referido instrumento é o documento que contém informações obtidas a partir de vários levantamentos feitos em relação ao objeto a ser contratado, o que permite dizer que possui os “códigos genéticos” das contratações pretendidas pela Administração Pública. Assim, o documento em análise tem por fim guiar o fornecedor na elaboração da proposta, bem como orientar o pregoeiro ou a Comissão de Licitação no julgamento das propostas.

(...)

A doutrina entende que a elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico é de competência multissetorial, tendo em vista que este instrumento deve ser elaborado por profissionais que possuem a expertise suficiente para desenhar o objeto da licitação. Dessa forma, atenderá melhor aos anseios da Administração Pública e terá maiores chances de promover uma contratação satisfatória, em seu mais amplo aspecto. O referido instrumento é inerente à fase interna ou preparatória da contratação, pois é nele que o setor requisitante define o objeto que a Administração Pública precisa contratar. Por esse motivo, o gestor responsável pela elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico, que neste trabalho será denominado de “setor requisitante”, pode ser responsabilizado pelos erros decorrentes de tal instrumento. Se a demanda do órgão for solicitada por vários “setores demandantes”, caberá ao “setor requisitante” uniformizar essas demandas em um único instrumento (Termo de Referência ou Projeto Básico).

(...)

FINALIDADES DO TERMO DE REFERÊNCIA OU PROJETO BÁSICO:

_ demonstrar as necessidades da Administração;

³ COMO ELABORAR TERMO DE REFERÊNCIA OU PROJETO BÁSICO – O impacto do Termo de Referência (TR) ou Projeto Básico (PB) na eficácia das licitações e contratos administrativos.

- _ especificar o objeto, conforme especificações usuais no mercado (diligenciar perante os fornecedores);
- _ avaliar o custo financeiro da contratação (a referência de preço é uma estimativa prévia);
- _ orientar a formulação da proposta pelo licitante;
- _ balizar a cotação de preços;
- _ orientar o pregoeiro e a Comissão de Licitação na sessão pública da licitação;
- _ orientar o recebimento do material ou do serviço;
- _ orientar o gerenciamento e a fiscalização da execução do contrato.

Nessa linha de raciocínio, observo que o objeto do Processo Licitatório n. 361/2013 – Pregão Presencial n. 030/2013, promovido pelo Município de Ibiraci, foi assim discriminado no edital, fl. 95 dos autos do Processo n. 887.953:

2 – OBJETO

2.1 – Constitui objeto da presente licitação a: “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA DE ASSESSORIA NO DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL MUNICIPAL” conforme planilha de itens, descrição, características, prazos e demais obrigações e informações constantes no Termo de Referência do Anexo II deste edital, que dele faz parte.

2.2 – A contratação do objeto referenciado se dará, respectivamente, através de MENOR PREÇO GLOBAL, os quais constantes da planilha de itens (anexo II).

(...)

À fl. 104 do referido processo consta o Anexo I – Termo de Referência – Especificações do Objeto e Condições Contratuais, no qual foi novamente discriminado o objeto - “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA DE ASSESSORIA NO DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO CULTURAL MUNICIPAL”, além de informações acerca da fiscalização do contrato, forma de pagamento, prazo de entrega, reajuste de preços e forma de julgamento das propostas.

A “planilha de itens” – Anexo II Detalhamento, referida na cláusula 2.2 do edital acima mencionada, fl. 107 daquele processo, traz o detalhamento de quadros e documentos diversos a serem encaminhados ao IEPHA/MG, para fins de comprovação da Política Cultural Local, assim descritos:

- _ Existência de planejamento de política municipal de proteção do patrimônio cultural e outras ações (PCL);
- _ Inventário do acervo cultural do município;
- _ Laudos técnicos de estado de conservação
- . Capela de Nossa Senhora do Rosário
- . Casarão Hotel Globo
- . Ponte dos Peixoto
- . Chafariz da Praça Cel. José Jacintho
- . Capela Piçarra

- . Casa de visitas da usina hidrelétrica Mal. Mascarenhas de Moraes
- . Túmulo do Capitão Antônio de Lima
- . Imagem de São Benedito
- . Imagem Nosso Senhor dos Passos
- . Conjunto chaminé e máquina a vapor da Fazenda São Domingos
- _ Dossiê de tombamento – Elaboração do dossiê de tombamento do conjunto paisagístico/bem arqueológico “Marcos da Linha Luiz Diogo”
- _ Investimentos financeiros com recursos do fundo municipal de preservação do patrimônio cultural em bens culturais protegidos
- _ Relatório do bem imaterial.
- _ Relatório de investimentos na conservação do patrimônio cultural imaterial.

Como salientou o Órgão Técnico, na análise de fls. 191/194 do Processo n. 887.953, os serviços acima relacionados são complexos, possuem natureza predominantemente técnica e intelectual, exigindo a participação de profissionais especializados de várias categorias profissionais. Embora versando sobre a mesma temática – patrimônio cultural, tratam-se de serviços diversos entre si, alcançando desde a elaboração de inventários e relatórios até a emissão de laudos técnicos acerca do estado de conservação dos bens do município, elaborados segundo modelos do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico – IEPHA.

Por outro lado, não obstante o critério de julgamento das propostas fosse o Menor Preço Global, observo que o licitante e único participante do certame em questão, ao formular sua proposta de preços, fl. 138 daqueles autos, ofertou preço único a cada um dos serviços discriminados na Planilha de Itens, Anexo II – Detalhamento, como se fossem serviços idênticos entre si, todos com o mesmo grau de especialização e complexidade.

Tal interpretação por parte do licitante nos leva a inferir que o objeto não fora suficientemente detalhado, de maneira a orientar a formulação de sua proposta, e que o termo de referência foi elaborado de maneira precária e insuficiente, não atendendo as finalidades destacadas na cartilha publicada por esta Corte de Contas.

Entendo que tanto o Termo de Referência – Anexo I, quanto a Planilha de Itens – Anexo II, fls. 104 e 107 dos autos do Processo n. 887.953, respectivamente, não reuniram “*os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para caracterizar o objeto*”, confirmando, portanto, a irregularidade apontada pela Unidade Técnica desta Corte.

Ademais, o Recorrente não apresentou qualquer fato novo que permitisse aferir entendimento diverso acerca do apontamento em análise, pelo que considero que a decisão ora recorrida não merece ser reformada nesse tópico.

II.2.2 – Da dotação orçamentária

Quanto à ausência de dotação orçamentária, o Recorrente, fl. 04, afirmou haver no processo licitatório documento contendo o referido valor bloqueado, a indicação da ficha e a estimativa de impacto orçamentário-financeiro.

Afirmou, ainda, que a ausência de indicação orçamentária especificamente na minuta do contrato não acarretaria maiores danos aos licitantes, tendo em vista o referido documento comprovando a existência de dotação orçamentária e o respectivo bloqueio, e que a redação do art. 40 da Lei n. 8.666/93 não exige que tal indicação conste expressamente no corpo do edital.

O Órgão Técnico, fls. 10v/11, a teor do disposto no art. 14 da Lei n. 8.666/93, considerou que não há obrigatoriedade de que conste no edital a dotação orçamentária, mas que no processo licitatório haja indicação dos recursos do orçamentários, pelo que entendeu que o documento de fl. 91 do Processo n. 887.953 atendia a citada disposição legal.

Observou, todavia, que embora tenha sido inserida, na minuta do contrato e no instrumento contratual decorrente da licitação, a cláusula orçamentária, em atendimento ao disposto no inciso V do art. 55 da Lei n. 8.666/93, referida cláusula se mostrou sem conteúdo, uma vez que não indicou a dotação correspondente, não desincumbindo o gestor, portanto, do cumprimento do citado dispositivo legal.

Assim, entendeu a Unidade Técnica que prevalecia a decisão contestada na parte que considerou irregular a ausência de indicação da dotação orçamentária no contrato. Quanto à indicação de dotação no edital, considerou que o documento de fl. 91 atenderia o disposto no art. 14 da Lei n. 8.666/93, o que implicaria na redução da multa aplicada ao gestor.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fl. 14v, salientou que a sanção aplicada ao Recorrente foi fundamentada apenas na ausência de indicação da dotação orçamentária na minuta do contrato constante do edital de licitação, razão pela qual não merecia reparo a decisão no ponto em comento.

Acerca da irregularidade apontada, cabe destacar que a Constituição Federal, em seu art. 167 é expressa no sentido de que:

Art. 167. São vedados:

[...]

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

Atendendo tal comando constitucional, a Lei n. 8.666/93, por seu turno, assim estabeleceu em seu art. 7º, § 2º:

Art. 7º (...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

III – houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

Da mesma forma a Lei de Licitações determinou na Seção V, Das Compras, art. 14, *caput*:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Farta é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que a indicação da dotação orçamentária é indispensável para o início da licitação, como destaca o Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴:

Previsão orçamentária – indispensável para início da licitação

TCU decidiu: “É irregular iniciar licitação sem que exista previsão orçamentária. ”

Fonte: TCU. Processo nº TC-011.846/95-0. Decisão 136/1997 – Plenário; TCU. Processo nº TC-011.846/95-0. Acórdão nº 055/97 – Plenário.

No mesmo sentido esta Corte de Contas editou a Súmula 23, nos seguintes termos:

SÚMULA N. 23. (ALTERADA NO “MG” DE 08/07/97 - PÁG. 22 – MANTIDA NO “MG” DE 26/11/08 – PÁG. 72 - MANTIDA NO D.O.C. DE 05/05/11 – PÁG. 08 - MANTIDA NO D.O.C. DE 07/04/14 – PÁG. 04)

A indicação da dotação orçamentária, que irá comportar os gastos públicos decorrentes da execução de convênios, contratos, acordos ou ajustes firmados pelo Estado, é exigência legal que não pode ser desprezada, uma vez que visa a demonstrar e promover, respectivamente, a existência e a reserva de recursos e acompanhar a execução do plano plurianual, o cumprimento das diretrizes orçamentárias, bem como do respectivo orçamento.

Nessa linha de princípios, afirma Marçal Justen Filho⁵ que:

“O instrumento deverá indicar os recursos que custearão as despesas, inclusive com especificação da rubrica orçamentária correspondente, o que já terá sido definido no momento inicial da licitação (cuja instauração é condicionada à previsão de recursos orçamentários).”

Por essa razão a Lei n. 8.666/93, ao tratar dos contratos administrativos por ela regidos relacionou as cláusulas essenciais a tais instrumentos, dentre as quais destaco:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

V – o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

No caso em análise, verifico que a minuta do contrato, fl. 113 do Processo n. 887.953, assim dispôs:

VIII – DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

8.1. As despesas decorrentes da presente aquisição correrão à conta de dotação do orçamento vigente.

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “*Vade-mécum de Licitações e Contratos*”, 2ª Ed. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2005. p. 264.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. “*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*”. 12ª Ed. Dialética, São Paulo: 2008. p. 656.

Tais termos se repetiram na Cláusula VIII do Contrato Administrativo de Compras de Bens e/ou Produtos n. 40, decorrente do Pregão Presencial n. 030/2013, anexado às fls. 305/307 do mesmo processo.

Como bem observou o Órgão Técnico, referida cláusula, na forma como foi redigida, mostra-se sem conteúdo, uma vez que não indica a dotação orçamentária pela qual correriam as despesas decorrentes do contrato citado.

Dessa forma, não se desincumbiu o gestor do cumprimento do disposto no art. 55, V, da Lei n. 8.666/93, razão pela qual entendo que permanece a irregularidade apontada, não cabendo, neste particular, a reforma da decisão ora recorrida.

II.2.3 – Do valor da multa aplicada

Segundo o Recorrente, fls. 04/05, as potenciais irregularidades no Termo de Referência devido à insuficiência de informações e a ausência de indicação de dotação orçamentária na minuta, em nada prejudicaram o regular processamento do certame, segundo os preceitos legais estabelecidos no ordenamento jurídico, especificamente nas Leis n. 8.666/93 e n. 10.520/02.

Considerou que a licitação realizada atingiu todos os objetivos pretendidos, quais sejam, alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração, atendendo ao interesse público, proporcionando igualdade de condições entre os licitantes, e que não restou demonstrado qualquer prejuízo ao erário e aos princípios do Direito Administrativo.

Considerou, também, que as supostas irregularidades apontadas não ensejavam mais que meros vícios formais, passíveis de correção, não acarretaram efetivos danos e deveriam ser analisados à luz da razoabilidade para uma aplicação de sanção administrativa equânime.

Por essa razão o Recorrente entendeu ser excessivo e desproporcional o montante estabelecido a título de sanção administrativa, considerando a natureza ou gravidade do caso e os efetivos danos decorrentes.

Por fim, requereu o conhecimento e provimento do presente Recurso para reforma da sentença recorrida e a não aplicação de multa como sanção administrativa, considerando não haver ocorrido qualquer dano administrativo e, principalmente, ao erário, e por existirem outras sanções administrativas menos penosas, como a advertência.

O Órgão Técnico, fl. 11v, destacou o disposto no art. 320 do Regimento Interno desta Corte no tocante aos critérios a serem considerados pelo julgador na fixação da multa, como a gravidade da falta, o grau de instrução do servidor ou do responsável e sua qualificação funcional.

Considerou que o valor da multa não parecia desarrazoado e desproporcional ao ilícito administrativo; todavia, submeteu à consideração superior a apreciação do argumento do Recorrente de que o valor da multa era excessivo e desproporcional em relação às irregularidades.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por sua vez, fl. 15, destacou que a sanção de multa não possui função meramente retributiva, mas também educativa e preventiva. Que por meio do exemplo tal sanção visa impedir que o próprio multado reincida na conduta por ele praticada, assim como que outros agentes públicos venham a praticá-la.

Considerou que a sanção de multa deve ser aplicada em face da prática de atos ilegais, ainda que formais e que não restasse comprovada a ocorrência de prejuízo ao erário, dolo ou má-fé.

Salientou, ainda, que o art. 85, II, da Lei Complementar estadual n. 102/2008 preceitua que o Tribunal de Contas poderá aplicar multa ao responsável por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

Assim, opinou o *Parquet* pela improcedência do recurso em questão.

Aduz o Recorrente que a licitação realizada atingiu todos os objetivos pretendidos, quais sejam, alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração, atendendo ao interesse público, proporcionando igualdade de condições entre os licitantes, e que não restou demonstrado qualquer prejuízo ao erário e aos princípios do Direito Administrativo.

Nesse sentido, observo que, por ocasião da publicação do edital do Pregão Presencial n. 030/2013, 08 (oito) empresas manifestaram interesse em participar da licitação em tela, solicitando o envio do referido edital, conforme fls. 121 a 129 do Processo n. 887.953.

Verifico, no entanto, que somente uma única empresa participou do certame, apresentando a proposta de preços de fl. 138 daqueles autos, no valor global de R\$36.900,00 (trinta e seis mil e novecentos reais).

Verifico, ainda, que, não obstante conste em ata informação em contrário, o pregão em análise não passou pela fase de oferta de lances, uma vez que o Contrato Administrativo de Compras de Bens e/ou Produtos n. 40, decorrente do Pregão Presencial n. 030/2013, anexado às fls. 305/307 do Processo n. 887.953, foi firmado entre o único licitante e o Município de Ibiraci exatamente pelo valor proposto no certame.

Tal fato nos leva a questionar se a proposta apresentada pelo único licitante a participar do pregão representaria, realmente, a proposta mais vantajosa para a Administração, como afirmou o Recorrente, embora o preço proposto estivesse abaixo do valor estimado para a contratação em tela, no montante de R\$37.560,00 (trinta e sete mil quinhentos e sessenta reais).

Nesse ponto, acrescento que o valor da contratação foi estimado com base em apenas 03 (três) orçamentos, anexados às fls. 85/87 do Processo n. 887.953, os quais apresentaram, para um mesmo objeto, preços bastantes distintos entre si, quais sejam: R\$28.000,00 (vinte e oito mil reais), R\$38.840,00 (trinta e oito mil oitocentos e quarenta reais) e R\$46.040,00 (quarenta e seis mil e quarenta reais), colocando em dúvida, também, a afirmativa do Recorrente de que não restou demonstrado qualquer prejuízo ao erário.

No tocante à alegação do Recorrente de que as supostas irregularidades apontadas não ensejavam mais que meros vícios formais, passíveis de correção, que não acarretaram efetivos danos e deveriam ser analisados à luz da razoabilidade para uma aplicação de sanção administrativa equânime, trago aqui a argumentação apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas no Recurso Ordinário n. 802.693:

No caso em tela, não é necessário indagar a respeito da intenção do agente, bem como do eventual prejuízo que o ato ilegal possa acarretar ao erário, como supõe o recorrente. **É suficiente para a aplicação da sanção administrativa, a prática de ato administrativo sem observância do princípio da legalidade.** Nesse sentido, **relativamente à alegada**

ausência de prejuízo ao erário, cabe ressaltar que o Administrador Público tem a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito que regem sua atuação, independentemente do potencial lesivo do ato praticado. Por outro lado, depreende-se que o fato de não ter sido feita a comprovação de lesividade não significa que a atividade de controle externo exercida pelos Tribunais de Contas fique prejudicada, pois a atuação do Tribunal visa verificar se os atos administrativos estão sendo praticados observando o ordenamento jurídico, em respeito ao princípio da legalidade. (grifei)

Quanto a ser excessivo e desproporcional o montante estabelecido a título de sanção administrativa, como entendeu o Recorrente, destaco que o art. 320 da Resolução n. 12/2008 – RITCEMG dispõe acerca das circunstâncias a serem consideradas na fixação das multas impostas por esta Corte:

Resolução n. 12/2008

CAPÍTULO II – DAS MULTAS

Art. 320. Na fixação da multa, o Tribunal considerará, entre outras circunstâncias, a gravidade da falta, o grau de instrução do servidor ou do responsável e sua qualificação funcional, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Entendo que na decisão proferida foi levada em conta a gravidade da falta apurada, restando devidamente atendido o disposto no art. 320 do RITCEMG.

Quanto à proporcionalidade do valor da multa cominada, assim leciona José dos Santos Carvalho Filho⁶:

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”

Com efeito, o Princípio da Proporcionalidade se traduz em um importante instrumento de proteção dos direitos fundamentais, na medida em que atua como forma de controle da Administração Pública, atuando na relação entre a restrição imposta e a medida adotada, equacionada dentro de um juízo de valoração por parte do agente público sobre o preceito legal.

Percebe-se que a decisão desta Corte de Contas, seguindo os preceitos do art. 89 de sua Lei Orgânica⁷ e do art. 320 de seu Regimento Interno, já citado, foi uma decisão equilibrada, sem “excessos de poder”, vez que a penalidade aplicada ao gestor está de acordo com os parâmetros estabelecidos na legislação pertinente.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Manual de Direito Administrativo”. 23. ed. rev., ampl. e atual. até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 44/45.

⁷ Lei Complementar Estadual n. 102/08.

Art. 89. Na fixação da multa, o Tribunal considerará, entre outras circunstâncias, a gravidade da falta, o grau de instrução do servidor e sua qualificação funcional.

Nesse sentido destaco trecho do julgado desta Corte – Processo n. 811.824, natureza Recurso Ordinário, da relatoria do Exmo. Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

“(…)

Igualmente, quanto aos argumentos relacionados à falta de razoabilidade e de proporcionalidade na aplicação da multa, razão não assiste ao Recorrente. É que, nos termos do inciso VII do art. 85 da Lei Orgânica, o Tribunal de Contas aplicará multa de até 40% (quarenta por cento) de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) aos responsáveis pelo não encaminhamento de Relatórios a que estão obrigados por força de lei ou de ato normativo do Tribunal, no prazo e na forma estabelecidos. Portanto, não se afigura excessiva a multa de R\$2.000,00 (dois mil reais), aplicada in casu, tendo em vista que poderia ter sido cominada sanção de até R\$14.000,00 (quatorze mil reais).

Ademais, ressalta-se que a aplicação de multa no âmbito do Tribunal busca advertir os gestores para que estes não cometam os mesmos erros, consubstanciando-se em aspecto auxiliar da didática do controle externo em relação à prevenção geral e específica.

Dessa forma, tendo em vista a inconsistência das alegações apresentadas pelo Recorrente e a ausência de elementos probatórios, a multa originalmente aplicada deva ser mantida.” (grifei)

Nos presentes autos o Recorrente não apresentou novas alegações ou fatos capazes de modificar a decisão ora recorrida, o que justifica a manutenção da multa aplicada, nos termos do inciso II do art. 85 da LC n.102/2008⁸, e nos valores determinados.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto, não tendo o Recorrente apresentado elementos suficientes e aptos a alterar o entendimento que julgou parcialmente procedente a denúncia apresentada pela empresa Rede Cidade Desenvolvimento Sustentável Ltda. em face do Pregão Presencial n. 30/13 – Processo Licitatório n. 361/13, deflagrado pelo Município de Ibiraci e culminou na aplicação de multa ao Sr. Marcel Borges Marinho, então Presidente da Comissão Permanente de Apoio ao Pregoeiro e subscritor do edital, voto pelo **não provimento do recurso**, mantendo-se a decisão recorrida na sua integralidade.

Intime-se o Recorrente, nos termos regimentais, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta decisão, efetue e comprove o recolhimento do valor devido, na forma prevista no *caput* do art. 365 do RITCEMG.

⁸Lei Complementar Estadual n. 102/08.

Art. 85 – O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) aos responsáveis pelas contas e pelos atos indicados a seguir, observados os seguintes percentuais desse montante:

(…);

II – até 100% (cem por cento), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

Comprovado o recolhimento integral da multa, dê-se quitação ao responsável, nos termos do art. 369 do Regimento Interno.

Não havendo o recolhimento da multa, cumpra-se o disposto no art. 368 do RITCEMG.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, inciso I do RITCEMG.

É como voto.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Senhor Presidente, peço vênias ao Relator para manter o meu voto dado na Denúncia n. 887.953, pela não aplicação da multa. Assim, dou provimento ao recurso.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também acompanho o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

APROVADO O VOTO DO RELATOR. VENCIDO O CONSELHEIRO MAURI TORRES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I**) conhecer do recurso, preliminarmente, por unanimidade, presentes os requisitos formais previstos no art. 335 do Regimento Interno desta Corte; **II**) negar provimento ao recurso, no mérito, por maioria de votos, mantendo-se a decisão recorrida na sua integralidade, tendo em vista que o Recorrente não apresentou elementos suficientes e aptos a alterar o entendimento que julgou parcialmente procedente a denúncia apresentada pela empresa Rede Cidade Desenvolvimento Sustentável Ltda. em face do Pregão Presencial n. 30/13 – Processo Licitatório n. 361/13, deflagrado pelo Município de Ibiraci que culminou

na aplicação de multa ao Sr. Marcel Borges Marinho, então Presidente da Comissão Permanente de Apoio ao Pregoeiro e subscritor do edital; **III)** determinar a intimação do Recorrente nos termos regimentais, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta decisão, efetue e comprove o recolhimento do valor devido, na forma prevista no *caput* do art. 365 do RITCEMG; **IV)** dar quitação ao responsável, após comprovação do recolhimento integral da multa, nos termos do art. 369 do Regimento Interno; **V)** determinar o cumprimento do disposto no art. 368 do RITCEMG, não havendo o recolhimento da multa; **VI)** determinar o arquivamento dos autos, ultimadas as providências cabíveis, nos termos do art. 176, inciso I, do RITCEMG. Vencido o Conselheiro Mauri Torres.

Plenário Governador Milton Campos, 21 de junho de 2017.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO

Presidente

WANDERLEY ÁVILA

Relator

(assinado eletronicamente)

ms/

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

**Coord. Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência**