

Processo: 1101611
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Lokar Locadora de Veículos
Denunciada: Prefeitura Municipal de Novo Oriente de Minas
Responsáveis: Gabriella Carlos Oliveira, Normandes da Costa Jardim, Saulo Rocha Rodrigues
Interessado: Cláudio Teixeira de Carvalho
Procuradores: Alex Sandro de Sousa Alfenas; Fábio Medeiros de Carvalho, OAB/MG 107.408
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

PRIMEIRA CÂMARA – 26/10/2021

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. ELABORAÇÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO. CLAREZA, OBJETIVIDADE E PRECISÃO. FORMALISMO MODERADO. AMPLIAÇÃO DA COMPETITIVIDADE E VANTAJOSIDADE À ADMINISTRAÇÃO. ATOS DE DESIGNAÇÃO DE PREGOEIRO E RESPECTIVA EQUIPE DE APOIO. PREGRÃO EM SUA FORMA ELETRÔNICA. IRREGULARIDADES SANADAS NO CURSO DO PROCESSO. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. EXTINÇÃO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. O edital deve ser elaborado de forma clara, sucinta e precisa, especialmente no que se refere ao objeto da licitação, critérios para julgamento e outras indicações específicas ou peculiares do certame, nos termos do disposto no artigo 40 da Lei n. 8.666/93 e do artigo 3º da Lei Federal n. 10.520/2002.
2. Em atenção aos princípios administrativos e às normas atinentes à condução dos certames, consoante previsão contida no artigo 1º, § 4º do Decreto Federal n. 10.024/2019, do artigo 1º, § 2º do Decreto Estadual n. 48.012/2020 e do artigo 17, § 2º da nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021), as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, independentemente da fonte de recursos envolvida – federal, estadual ou municipal –, salvo comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem à Administração, a ser devidamente justificada pela autoridade competente nos autos do processo licitatório.
3. A necessidade de nomeação do Pregoeiro e da equipe de apoio se encontra disciplinada no artigo 3º, inc. IV, da Lei n. 10.520/2002, entendendo-se como irregular o processo licitatório em que se verifica a ausência dos referidos atos de designação.
4. Comprovado nos autos que as irregularidades que deram aso à Denúncia foram sanadas, impõe-se sua improcedência, sem prejuízo de recomendações aos responsáveis, extinguindo-se o processo com a resolução de seu mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar improcedente a denúncia, em harmonia com o entendimento exarado pelo Órgão Técnico e pelo Ministério Público de Contas, com as recomendações constantes na fundamentação desta decisão, e declarar a extinção do processo, com resolução de mérito;
- II) determinar, após cumpridos os dispositivos regimentais aplicáveis, o arquivamento dos autos, com fulcro no disposto no parágrafo único do artigo 305 c/c artigo 176, inc. I, da Resolução n. 12/2008.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 26 de outubro de 2021.

GILBERTO DINIZ
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 26/10/2021

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de Denúncia oferecida por Lokar Locadora de Veículos Eireli, em face do Processo Licitatório nº 016/2021, Pregão Presencial nº 010/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Novo Oriente de Minas, tipo menor preço por item, cujo objeto é o “*Registro de Preços para futura e eventual locação de veículos*”.

Distribuídos os autos, restou determinada a intimação do Sr. Normandes da Costa Jardim, Prefeito Municipal, e do Sr. Saulo Rocha Rodrigues, Presidente da Comissão Permanente de Licitação e subscritor do edital, para que prestassem esclarecimentos sobre os apontamentos da denúncia, e encaminhassem a este Tribunal cópia das fases interna e externa do mencionado Processo Licitatório, inclusive da Ata de Registro de Preços, caso houvesse – nos termos do despacho proferido à fl. 1 da peça nº 14.

Em resposta, os responsáveis apresentaram as justificativas e os esclarecimentos constantes às fls. 1/5 da peça nº 19, colacionando, ainda, a documentação consubstanciada nas peças nº 20 a 23.

Ato contínuo, os autos foram remetidos à Unidade Técnica, para análise das questões denunciadas e dos documentos apresentados, oportunidade em que se concluiu pela existência de irregularidades no procedimento em tela, fls. 1/21 da peça nº 27.

O Ministério Público de Contas opinou, igualmente, pela existência de irregularidades no procedimento em comento, pugnando pela citação dos responsáveis para manifestação quanto aos apontamentos, fls. 1/7 da peça nº 29.

Conforme despacho exarado às fls. 1/3 da peça nº 31, o Relator indeferiu o pedido de concessão de medida liminar formulado pela denunciante, considerando a análise empreendida pelo Órgão Técnico, que “*demonstrou que a suspensão do certame poderia ocasionar o periculum in mora inverso e, ainda, que a continuidade da licitação se apresenta como a solução menos gravosa ou onerosa para alcançar o fim público*”.

Nesse passo, determinou a citação dos agentes sobreditos e da Sra. Gabriella Carlos Oliveira, Pregoeira Municipal, para que apresentassem defesa, esclarecimentos e/ou documentos que entendessem cabíveis “*em face das irregularidades apontadas na denúncia, no relatório da CFEL e no parecer do Ministério Público junto ao Tribunal*”.

Desta feita, manifestaram-se o Sr. Normandes da Costa Jardim, a Sra. Gabriella Carlos Oliveira e o Sr. Saulo Rocha Rodrigues, às fls. 1/7 da peça nº 37, fls. 1/8 da peça nº 42 e fls. 1/9 da peça nº 44, respectivamente.

Os mencionados documentos foram submetidos à análise técnica de fls. 1/17 da peça nº 47, na qual se concluiu que “*as razões de defesa foram aptas a afastar as irregularidades apontadas*”. (grifo introduzido).

Às fls. 1/12 da peça nº 49, o *Parquet* de Contas emitiu parecer pela improcedência da Denúncia.

Por força do art. 115 do Regimento Interno desta Casa os autos foram redistribuídos à minha relatoria.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Asseverou a denunciante, às fls. 5/13 da peça nº 1, que *“foi imediatamente inabilitada sua proposta comercial, pelo motivo de não constar marca e modelo do bem ofertado, e sob o critério do julgamento objetivo, apresentou seus preços substancialmente mais baratos que das empresas declaradas vencedoras”*.

Sustentou, ainda, que manifestou a intenção de interpor recurso administrativo, informando à Pregoeira as razões do recurso, com vistas à suspensão da sessão até que fosse julgado seu mérito, o que não ocorreu.

Arguiu que *“o vício alegado não pode contaminar a proposta mais vantajosa, tratando-se de uma ponderação que deve ser feita sob o prisma da razoabilidade”*.

Salientou que *“carece de sustentação jurídica a tese levantada pela Pregoeira, de que marca e modelo estão em desconformidade com as normas de regência, já que o próprio Edital em seu Anexo III, Modelo de Proposta Comercial, não consta marca e modelo, conforme exigido pela Pregoeira (...)”*.

Continuou, sob a alegação de que *“o formalismo extremado vem em prejuízo da licitação e de suas finalidades, pois pode inabilitar concorrentes por questões secundárias, porquanto está a Administração adstrita a alternativas que melhor prestigiem a racionalidade do procedimento e de seus fins”*.

A denunciante repisou a justificativa de que marca e modelo não estavam abarcados na documentação exigida pelo edital, de forma que todas as condições de participação da licitante, definidas no edital e na Lei nº 8.666/1993, estariam por ela atendidas.

Em face dos argumentos postos, arrematou requerendo o desfazimento da decisão que culminou em sua inabilitação, para que seja declarada habilitada e se proceda a novo julgamento das propostas.

Às fls. 5/14 da peça nº 8, acrescentou a denunciante que solicitou à Pregoeira que colocasse na Ata que a sessão não estava sendo acompanhada pelos membros da Equipe de Apoio da Comissão de Licitação, tendo seu pedido negado. Nesse momento, fez um adendo à Ata, de próprio punho, relatando o fato, e *“não aceitando a situação a Pregoeira “avançou” no representante da empresa, rasgando a Ata e afirmando que a partir daquele momento aquela Ata não teria mais valor para o processo (...)”*.

Diante do ocorrido, a denunciante solicitou o comparecimento da PMMG, que registrou os fatos em Boletim de Ocorrência.

Em seguida, discorreu sobre sua inabilitação, aduzindo que o argumento alegado pela Pregoeira é infundado, pois o edital é apenas um instrumento para nortear o certame e a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 7º, §5º, prevê que *“é vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas (...)”*.

Encerrou reafirmando que a Pregoeira não observou a cláusula do edital sobre o critério de julgamento das propostas, subitem 1.1, do item *“IX. Critérios de Julgamento”*, ressaltando novamente que ofertou a proposta mais vantajosa.

Em sede de manifestação preliminar, às fls. 3/5 da peça nº 19, os Srs. Normandes da Costa Jardim e Saulo Rocha Rodrigues, Prefeito Municipal e Presidente da Comissão Permanente de Licitação/subscritor do edital, respectivamente, informaram que a denunciante não se submeteu às exigências contidas no edital, sendo resultado natural de qualquer certame

licitatório sua desclassificação e a manutenção das propostas que aderiram correta e integralmente ao processo.

Trouxeram à baila o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que impõe à Administração e aos licitantes a observância das previsões estipuladas no edital de forma objetiva, observando, ainda, o Princípio da Competitividade.

Concluíram, por fim, *“que não foi verificada qualquer ilegalidade ou vício capaz de alterar a decisão da Senhora Pregoeira”*, uma vez que a desclassificação em tela se deu em razão do não atendimento de condições insertas no edital, razão pela qual, pugnaram pela improcedência da presente Denúncia.

Encaminhados os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, restou produzido o relatório de fls. 1/21 da peça nº 27, com base no qual passo a tecer algumas considerações.

Quanto à alegação de que **(i) constou na Ata que a sessão estava acompanhada por toda a Equipe de Apoio**, esclareceu a Unidade Técnica que:

Ao compulsar a ata da sessão do Pregão constante do processo licitatório, fl. 739, pasta 02, parte 02 (706-747), consta realmente que o representante da empresa Denunciante solicitou que a Pregoeira redigisse uma ata relatando o ocorrido até aquele momento na sessão porque ele iria se retirar, e que a Pregoeira assim o fez. Consta que, após impressão da referida ata, o representante questionou que a equipe de apoio não estava presente na sessão e que era para tal informação constar na ata. Consta na ata que a Pregoeira não acatou o pedido do representante, *“uma vez que tal informação não era necessária, já que a sessão seguia conduzida pela Sra. Pregoeira Gabriella Carlos Oliveira”*. Consta que, diante disso, o representante rasurou a ata na frente de todos os licitantes presentes, bem como do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, o qual, conforme consta na ata, acompanhou toda a sessão junto da Pregoeira. Consta que, após, devido à rasura feita pelo representante na ata, a Pregoeira decidiu por recolhê-la e dar prosseguimento à sessão com a fase da etapa de lances e ao final redigir outra ata, que é essa da qual retirou-se essas informações relatadas.

Destacou, em seguida, que **não é irregular a realização do pregão sem a presença da equipe de apoio**, fazendo menção ao acórdão proferido nos autos da Denúncia nº 887.860, em sessão da Primeira Câmara realizada no dia 10/4/2018, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio.

Assinalou, ainda, que *“a denúncia é improcedente quanto a essa alegação, uma vez que consta em ata que a equipe de apoio não estava presente na sessão”*. (destaquei)

Lado outro, informou que não consta da cópia do Processo Licitatório colacionado aos autos o ato de designação do pregoeiro e membros da equipe de apoio, requisito disciplinado no art. 3º, inc. IV, da Lei nº 10.520/2002, constando *“apenas o Decreto nº 08/2021, que dispõe sobre a nomeação de Comissão Permanente de Licitações, fl. 45, pasta 01, parte 01 (01AO52)”*.

De igual modo, não consta na Ata *“a assinatura do Presidente da Comissão Permanente de Licitação que, conforme relatado, acompanhou a sessão”*.

Com tais fundamentos, concluiu a Unidade Técnica pela presença de **irregularidade no processo licitatório**, *“por nele não constar os atos de designação da Pregoeira e da respectiva equipe de apoio”*.

Relativamente à alegação de que **(ii) o edital descumpra a Lei nº 8.666/93 em seu art. 7º, § 5º, por exigir marca dos veículos**, concluiu o Órgão Técnico que tal apontamento *“não procede, uma vez que o edital não exige a marca dos veículos, conforme verifica-se no Anexo I –*

Termo de Referência, peça 1, cód. de arquivo 2374307, SGAP, onde apenas foram especificadas as características dos veículos”. (destaquei).

No tocante à alegação de que **(iii) apresentação da marca dos veículos nas propostas fere o que dispõem os artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93**, mais uma vez, entendeu a Unidade Técnica pela improcedência do apontamento, em termos:

O art. 37, XXI, da Constituição Federal, aduz que **somente podem ser exigidas condições mínimas necessárias para garantir satisfatória execução do objeto**, condições essas que devem se restringir aos documentos arrolados na Lei nº 8.666/93, bem como, a requisitos previstos em lei especial, conforme o caso.

Portanto, **cabe à Administração, justificadamente, prever no ato convocatório as exigências técnicas mínimas necessárias para a execução do objeto, sempre levando em conta possibilitar a participação do maior número de interessados**, para que haja maior competitividade do certame e se consiga selecionar a proposta mais vantajosa.

Assim, a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de a Administração em face das peculiaridades do objeto licitado, definir no edital que seja apresentada declaração formal da empresa licitante de que dispõe de “instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado”, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

[...] (destaquei)

Nesse sentido, reproduziu excerto da decisão monocrática proferida nos autos da Denúncia nº 1.013.227, de minha relatoria, que versa acerca da possibilidade prevista no art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, considerando irregular apenas a exigência de propriedade de veículos para a habilitação.

Diante das considerações trazidas, concluiu a Unidade Técnica, tendo em vista a justificativa apresentada pelos denunciados, no sentido de que “*o objeto da licitação é a locação de veículos, sendo, portanto, necessária a discriminação pormenorizada do bem a ser locado em futura contratação com a municipalidade, sob pena de facilitar fraudes com oferecimento de veículos que diferem do objeto licitado ou sem a qualidade necessária ao cumprimento do objeto da licitação*”, que a denúncia, neste ponto, também **não merece prosperar**.

No que concerne à **(iv) desclassificação da empresa Lokar Locadora de Veículos do certame, em razão da ausência da indicação de marca do veículo na proposta**, cerne da presente Denúncia, discorreu a Unidade Técnica:

[...]

A cláusula 8 prevê que o licitante apresente sua proposta comercial conforme o ANEXO III. Ainda que o subitem “b” da cláusula 8 exija a apresentação da Marca e/ou Modelo, **o próprio modelo disponibilizado aos licitantes no Anexo III não traz o campo “Marca e modelo”, o que pode induzir o licitante a erro ao formular sua proposta**.

Outrossim, a cláusula 8 possibilita que proposta seja feita utilizando o Anexo III como modelo, ou a utilização de “modelo próprio”, desde que este “contenha todas as informações ali previstas”, “no Anexo III”, que, conforme destacado alhures, não contém o campo “Marca e Modelo”.

Na análise da ata da sessão do Pregão Presencial nº 010/202113, consta que a proposta de seis empresas foi desclassificada por não indicar a marca dos veículos a serem locados (...).

[...]

Da análise dos recursos, verifica-se que a Pregoeira, fls. 752, pasta 02, parte 02, (696A792), considerou a análise apenas do recurso da empresa Biturbo Aluguel de Veículos Eireli e remeteu os autos à Secretaria Municipal de Administração, Planejamento e Finanças para decisão acerca deste. Assim, o Secretário Municipal de Administração, Planejamento e Finanças, Sr. Marcos Jardim Madureira, fl. 753, pasta 02, parte 02, (696A792)20, solicitou emissão de parecer jurídico quanto à legalidade dos atos praticados durante a sessão do Pregão Presencial nº 010/2021, bem como, do recurso apresentado contra decisão da Pregoeira.

Ato contínuo, o Procurador Jurídico Municipal, Sr. Fabio Medeiros de Carvalho, expediu o parecer jurídico sobre recursos, fls. 754/759, pasta 02, parte 02, (696A792), onde informou que as desclassificações no certame se deram por não atendimento do edital. Dessa forma, com base nos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, entendeu pelo desprovimento dos recursos formulados pelas recorrentes e pela manutenção da decisão da Pregoeira no certame.

Após, em decisão de recurso administrativo, fls. 760/765, pasta 02, parte 02, (696A792), o Secretário Municipal de Administração, Planejamento e Finanças, Sr. Marcos Jardim Madureira, alegou que o edital prevê de forma cristalina que a marca era um requisito obrigatório no preenchimento da proposta e negou provimento ao recurso, mantendo a decisão da Pregoeira, por entender que esta não poderia ter decidido de forma contrária ao edital.

Diante de todo o exposto, **entende-se que a Pregoeira, ao constatar que tantas empresas, seis, elaboraram sua proposta considerando apenas o Anexo III do edital, e que quatro delas apresentaram intenção de apresentar recurso, deveria ter avaliado a possibilidade de promover diligências no sentido de possibilitar a essas empresas que apresentassem a marca dos veículos a serem oferecidos.**

[...]

Outrossim, uma vez que na sessão do Pregão não se considerou a possibilidade de promover diligências, ao menos da análise dos recursos, deveria ter sido considerado o motivo pelo qual tantas licitantes entenderam o edital de forma semelhante, ou seja, que se poderia realizar a proposta de acordo com o modelo do Anexo III, onde não consta campo para preenchimento da marca a ser oferecida.

Diante do exposto, **entende esta Unidade Técnica que a denúncia é procedente quanto à desclassificação da Denunciante por falta de apresentação de marca em sua proposta, uma vez que o edital não foi elaborado de forma clara**, de acordo com o teor do artigo 40, Inciso I, da Lei 8.666/93, o que pode ter induzido ao erro não só a Denunciante, como também as outras cinco empresas desclassificadas pelo mesmo motivo. (destaquei).

Diante das irregularidades apontadas, foi determinada a citação dos responsáveis, às fls. 1/3 da peça nº 31.

O Sr. Normandes da Costa Jardim (Prefeito Municipal), a Sra. Gabriella Carlos Oliveira (Pregoeira) e o Sr. Saulo Rocha Rodrigues (Presidente da Comissão Permanente de Licitação), colacionaram os documentos de fls. 1/7 da peça nº 37, fls. 1/8 da peça nº 42 e fls. 1/9 da peça nº 44, respectivamente.

Ab initio, insurgiu-se o Prefeito Municipal sob o argumento de que, por se tratar de decisão da Pregoeira em sessão de julgamento de pregão, da qual ele não participa, restou configurada

sua ilegitimidade passiva, já que, “*havendo pregoeiro e procurador jurídico para tanto*”, não lhe cabe a análise do procedimento licitatório.

Quanto ao mérito da denúncia, asseverou que a ausência dos atos de designação da Pregoeira e da Equipe de apoio, trata-se de “*mero lapso, sendo tal situação devidamente corrigida e os referidos atos inseridos no procedimento licitatório em questão*”.

No referente à desclassificação da denunciante, ressaltou que a exigência de que conste na proposta o modelo e marca do veículo “*não se trata de irregularidade, pois houve devida justificativa por parte da Administração (...)*”.

Ademais, sustentou que a denunciante não impugnou o edital no momento em que poderia fazê-lo, invocando o art. 41 da Lei de Licitações.

Por fim, afirmou que outras empresas também foram desclassificadas por não terem apresentado na proposta a marca do veículo, não sendo somente a denunciante, tendo todas a oportunidade de solicitar esclarecimentos ou impugnar o edital, o que não foi feito. Não obstante, ressaltou que isso não macula o certame, sendo cinco empresas classificadas, com a apresentação de propostas condizentes com as estipulações do edital.

A Pregoeira, por sua vez, alegou que baseou o julgamento pelo afastamento da proposta da empresa Lokar Locadora de Veículos Eireli nas regras previstas no instrumento convocatório, ao qual se encontrava vinculada.

Segundo ela, foi preservada a competitividade do certame, observando-se a classificação e habilitação de cinco empresas.

Somado a isso, arguiu que “*a peça acusatória é muito mais de caráter pessoal, com o fito de tentar atingir a imagem da acusada*”, e assim, concluiu que “*a situação narrada distorce a verdade e chega a ser vexatória*”.

Em assim sendo, asseverou que o edital foi claro ao dispor sobre o conteúdo da proposta comercial, em que deveria constar Marca e Modelo do veículo ofertado, não podendo, na condição de Pregoeira, decidir de forma diversa.

Informou, ainda, que as empresas classificadas apresentaram propostas de preços abaixo do preço médio de referência, portanto, presente a vantajosidade à Administração.

Por derradeiro, a defesa apresentada pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitação reproduziu o teor da manifestação colacionada pela Pregoeira, acima detalhada.

Em sede de reexame, às fls. 1/17 da peça nº 47, o Órgão Técnico registrou, inicialmente, que, no que diz respeito “*à preliminar arguida pelo Prefeito Municipal, no caso da irregularidade ora analisada, entende-se caber razão à autoridade, visto que quem autuou o procedimento licitatório e subscreveu o edital foi o Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sr. Saulo Rocha Rodrigues, e quem praticou o ato denunciado como ilegal foi a Pregoeira, Sra. Gabriella Carlos Oliveira. Fica afastada, portanto, a responsabilidade do Prefeito, Sr. Normandes da Costa Jardim*”. (destaquei).

Quanto ao objeto da Denúncia, a indicação na proposta comercial de Marca e Modelo do veículo, pronunciou-se a Unidade Técnica nos seguintes termos:

Confrontando-se as defesas apresentadas com os fatos narrados no relatório anterior verifica-se, no edital, que o capítulo VII - Proposta Comercial realmente exigiu que entre as informações constantes do Modelo de apresentação de proposta - Anexo III – deveria constar, obrigatoriamente, “*Marca e Modelo (este último, se for o caso)*”.

Ocorre que neste Modelo de Proposta Comercial do Anexo III não constou campo para preenchimento de Marca e Modelo do veículo, o que pode ter induzido licitantes a erro e,

em consequência, terem sido as propostas destes licitantes desconsideradas antes mesmo de poderem ofertar lances ao pregão.

Foi lembrado no Relatório Técnico anterior que, como o edital fazia referência à possibilidade de solicitar amostras ou promover diligências ao detentor do menor preço antes do julgamento das propostas, para verificar se o objeto estava ou não em conformidade com as especificações solicitadas (*Capítulo IX - Critérios de Julgamento, item 1.1: “O pregoeiro poderá solicitar amostra do objeto ou promover diligência, conforme o caso, junto ao licitante detentor do menor preço, antes do julgamento, para verificação de sua conformidade com as especificações exigidas neste Edital”*), **a decisão da Pregoeira não privilegiou a ampliação da competitividade.**

A Lei nº 10.520, de 17/7/2002, que instituiu a modalidade do Pregão, logo no artigo 3º, dispõe:

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

(...)

Traz-se, a este respeito, trecho do relatório de voto do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, na decisão adotada no processo de Denúncia nº 1.088.936, sessão de 29/4/2021, da Segunda Câmara desta Corte:

A respeito do assunto, esclarece-se que, entre os que lidam com contratações públicas, é comum a discussão acerca da extensão do poder de diligência previsto no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93 no âmbito dos procedimentos licitatórios, *in verbis*:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

§3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Nesse contexto, válido ressaltar que, quando fundamentada no alcance do interesse público, pela busca da proposta mais vantajosa ou ampla competitividade, a promoção de diligência é incentivada pela jurisprudência do TCU, o qual, em diversas oportunidades, chega, de fato, a indicar a obrigatoriedade de sua realização antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do(a) licitante:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário)

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editais, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 – Plenário)

Além disso, em consonância com recente julgado mencionado no relatório técnico, o TCU já entendeu ser possível a realização de diligências com vistas a sanar erros materiais ou omissões nas planilhas de custos das licitantes, desde que não haja majoração do valor global proposto, haja vista que, “eventuais ajustes ou complementos da proposta (...) não representariam apresentação de informações ou documentos novos, mas somente o detalhamento de preço já fixado na disputa de lances”.

...

Desse modo, coadunado com entendimento técnico no sentido de que devem ser ponderados “os princípios do julgamento objetivo, da vinculação ao instrumento convocatório com a busca pela proposta mais vantajosa e a necessidade de utilização de um formalismo moderado” ...

De acordo com o Acórdão de Plenário n. 357/15 do Tribunal de Contas da União, com a relatoria do Ministro Bruno Dantas, em sessão de 04/03/2015:

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Em outra recente decisão, que na ementa trazia: “Não se pode atribuir dano ao erário pura e simplesmente em decorrência de desclassificação de proposta licitatória, ainda que esta apresente valores menores que os demais concorrentes” (Denúncia n. 1077086 de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, em sessão de 15/04/2021 da Segunda Câmara):

Assim, a meu juízo, em que pese a prática de ato ilícito ou antijurídico materializado na desclassificação da licitante em função de erro na execução da proposta apresentada em pen drive, a adoção da medida pela pregoeira ocorreu com supedâneo no item 6.1 do edital e no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não podendo, sua conduta, ser considerada erro grosseiro ou culpa grave. Desta forma, diante da presunção de boa-fé em sua conduta e considerando as circunstâncias práticas que condicionaram a ação da agente e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, entendo que não deve ser aplicada a sanção de multa.

Entende-se então que, **partindo da premissa de que o procedimento licitatório não seria um fim em si mesmo, mas um meio de a Administração selecionar a proposta mais vantajosa, a falha apontada na proposta da licitante poderia ter ensejado a paralisação da sessão do pregão para fins de diligência**, com fulcro no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93, ao invés da sumária desclassificação da licitante.

A possibilidade de flexibilização ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório em hipóteses específicas, afastando inconsistências materiais e formais em documentação, é o que a doutrina denomina de **princípio do formalismo moderado**, por considerar que a licitação não contém este aspecto teleológico (fim em si mesmo), mas mero instrumento de concretização do interesse público para garantia da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Tal princípio poderia ser aplicado como método de afastamento de um rigor formal, exagerado ou absoluto, “devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, **desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências**” (Acórdão TCU 2302/2012-Plenário).

Entretanto, **muito embora a desclassificação da empresa denunciante tenha se mostrado prejudicial para a ampliação do número de propostas, não se pode negar que obedeceu ao que dispunha no edital, não se vislumbrando na instrução dos autos elementos para se inferir conduta dolosa ou de má-fé por parte da Pregoeira** e que, assim, tal argumento pode servir de atenuante em caso de fixação de eventual multa pessoal à defendente.

Ainda, os elementos dos autos demonstram que a pregoeira agiu acreditando estar cumprindo o edital, invocando, assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório como supedâneo de sua decisão, em que pese a perda da oportunidade de ter se valido do princípio do formalismo moderado. A conduta da agente não pode ser imputada como dolosa, ou seja, com absoluta vontade de favorecer outros licitantes em detrimento da denunciante, assim como não indica erro grosseiro, porque amparada também num dos princípios licitatório, nem dano ao erário ocasionado pela desclassificação, tendo em vista o preço obtido após a fase de lances no certame.

(...) (destaquei)

Com base nas informações acima alinhavadas, adoto o estudo técnico como razão de decidir e **concluo que havia previsão no edital**, em seu Capítulo VII – Proposta Comercial, da obrigatoriedade de que, entre as informações constantes do Modelo de apresentação de proposta – Anexo III –, estivesse presente “*Marca e Modelo (este último, se for o caso)*”.

Não obstante, em nome do interesse público, **recomendo aos responsáveis** que se atentem para o teor do disposto no artigo 40, inc. I, da Lei nº 8.666/93¹ e do artigo 3º, da Lei Federal nº 10.520/2002², bem como pela **aplicação do formalismo moderado**, com vistas à ampliação da participação e conseqüente concorrência em certames licitatórios.

Quanto à **(v) ausência dos atos de designação da Pregoeira e da respectiva Equipe de Apoio**, frisou a Unidade Técnica que:

¹ Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em **descrição sucinta e clara**; (destaquei)

² 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. (destaquei)

Em leitura dos autos, pode ser verificado que consta da peça 20, código do arquivo 2410086, o Decreto n. 08/2021 dispondo sobre a nomeação da Comissão Permanente de Licitações pelo Prefeito Municipal.

E também, **na mesma peça**, às fls. 154 e 155 do procedimento, o **Decreto n. 009/2021**, de 08/01/2021, dispondo sobre a **nomeação de Pregoeiro e Equipe de Apoio**, constando como Pregoeira a Sra. Gabriella Carlos Oliveira.

Desta forma, fica afastado o apontamento de irregularidade. (destaquei).

Adoto, mais uma vez, o estudo técnico como razão de decidir e **concluo como sanada a irregularidade inicialmente apontada.**

Cabe ressaltar, ainda, que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sua manifestação de fls. 1/7 da peça nº 29, apontou uma nova ocorrência, qual seja **(vi) a ausência de justificativa para o não emprego do pregão em sua forma eletrônica.**

Em relação ao apontamento levantado adicionalmente pelo ilustre Procurador, informou o Prefeito Municipal que, por se tratar de um município pequeno, com rede de *internet* precária – apenas uma operadora e quedas frequentes de sinal –, não seria possível corresponder à demanda de um pregão eletrônico, de forma que, ao optar exclusivamente pela forma eletrônica acabaria por excluir dos certames possíveis licitantes interessados, municipais e regionais, favorecendo interessados de grandes cidades, que possuam fibra ótica, fato que não ensejaria a ampliação da concorrência e, sim, prejudicaria a escolha da Administração pela proposta mais vantajosa.

Manifestaram-se de modo semelhante a Pregoeira e o Presidente da Comissão Permanente de Licitação, acrescentando que a modalidade de pregão presencial não foi revogada ou extinta, encontrando amparo na Lei nº 10.520/02. Assim como, que o Decreto nº 10.024/19, que regulamenta o pregão em sua forma eletrônica, foi instituído voltando-se ao âmbito federal, de maneira a vincular os municípios ao seu uso obrigatório tão somente nas hipóteses em que estiverem em uso de verba federal.

Discorreu o Órgão Técnico, às fls. 13/14 da peça nº 47, no sentido de que:

(...)

Atente-se, para o § 2º do art. 17 da nova Lei, vigente desde 1º de abril de 2021, que prevê:

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Nota-se a diretriz estabelecida pela novel legislação, no sentido de dar preferência às licitações eletrônicas, salvo mediante motivação.

Em suas defesas, os responsáveis perflharam os motivos da não utilização do pregão em sua forma eletrônica, o que não constou do edital, quando deflagrado.

Por um lado, o Prefeito alega falta de condições materiais para implementá-lo, por outro lado, a Pregoeira e o Presidente da Comissão Permanente de Licitações dizem que a modalidade de pregão presencial continua em vigor e que não estão subordinados a Decreto Federal, salvo nos casos do recurso empregado ser proveniente do Governo Federal.

Acredita-se que, com a evolução da informática, estas questões poderão ser paulatinamente sanadas e, considerando a função pedagógica do Tribunal de Contas, **considera-se ser válido insistir na necessidade da observância dos princípios da legalidade, da publicidade e da transparência, podendo ser expedida recomendação**

aos responsáveis no sentido da adoção dos princípios acima referenciados.
(destaquei)

À vista das considerações explicitadas, adoto o estudo técnico como razão de decidir para **recomendar aos responsáveis** que *“adotem os princípios da legalidade, da publicidade e da transparência, nos procedimentos licitatórios, em primeiro lugar promovendo a divulgação do Decreto Municipal nº 2/2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no site da Prefeitura e, ainda, caso constatada inviabilidade técnica ou desvantagem para a administração na realização do pregão eletrônico, que seja expedida justificativa pela autoridade competente”*. (destaquei).

Em face de todo o exposto, preliminarmente, **afasto a responsabilidade do Prefeito Municipal**, Sr. Normandes da Costa Jardim, uma vez que não atuou no procedimento licitatório em questão, não subscreveu o edital, nem praticou os fatos denunciados.

Ademais, **considero afastadas as irregularidades inicialmente apontadas**, julgando **improcedente** a presente Denúncia, sem prejuízo da expedição das seguintes **recomendações** à Sra. Gabriella Carlos Oliveira, Pregoeira, e ao Sr. Saulo Rocha Rodrigues, Presidente da Comissão Permanente de Licitação:

- 1) Que atentem para o teor do artigo 40, inc. I, da Lei nº 8.666/1993 e do artigo 3º, da Lei Federal nº 10.520/2002, mormente quanto à **clareza na descrição do objeto da licitação, dos critérios para o julgamento das propostas e outras indicações específicas ou peculiares do certame, bem como das justificativas destas definições**, sendo indispensável seu suporte em elementos técnicos;
- 2) Que observem a aplicação do formalismo moderado, a fim de ampliar a participação e conseqüente concorrência em certames licitatórios;
- 3) Que promovam a divulgação do Decreto Municipal nº 2/2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no *site* da Prefeitura;
- 4) Que seja expedida **justificativa pela autoridade competente** caso verificada a **inviabilidade técnica e/ou desvantagem** à Administração na realização do **pregão na forma eletrônica**, nos termos do § 4º do art. 1º do Decreto Federal nº 10.024/2019, do § 2º do art. 1º do Decreto Estadual nº 48.012/2020 e do § 2º do art. 17 da nova Lei de Licitações nº 14.133/2021.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, em harmonia com o entendimento exarado pelo Órgão Técnico e pelo *Parquet* de Contas, voto pela **improcedência** da presente Denúncia, **com as recomendações constantes na fundamentação do meu voto**, extinguindo o processo com resolução de mérito.

Cumpridos os dispositivos regimentais aplicáveis, arquivem-se os autos, com fulcro no disposto no parágrafo único do artigo 305 c/c artigo 176, inc. I, da Resolução nº 12/2008.

* * * * *