

**Processo:** 1084404  
**Natureza:** DENÚNCIA  
**Denunciante:** CONECTAMED - Comércio e Distribuição Ltda.  
**Denunciada:** Prefeitura Municipal de Araguari  
**Responsáveis:** Rosana Aparecida Pereira Arcelino, Marcos Coelho de Carvalho e Guilherme Afonso de Figueiredo Martins  
**MPTC:** Procuradora Maria Cecília Borges  
**RELATOR:** CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

**SEGUNDA CÂMARA – 5/5/2022**

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO (LIMPEZA E HIGIENE). DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA COM PREÇO GLOBAL SUPERIOR AO VALOR ESTIMADO, ANTES DA FASE DE LANCES. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA SEM DEFINIÇÃO DAS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL SEM EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. VALOR POR ITEM. LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. A desclassificação de licitantes, antes da fase de lances, em decorrência da apresentação de propostas cujos valores são superiores ao valor estimado, afronta o disposto no art.4º, inciso XI, da Lei n. 10.520/2002 e art. 25 do Decreto n. 5.450/2005.
2. A comprovação da regularidade econômico-financeira, por meio de certidão negativa de falência, diante do objeto licitado, revela-se satisfatória à garantia do cumprimento das obrigações e em consonância com o preceituado no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República.
3. Não sendo o objeto licitado compatível com a indicação das parcelas de maior relevância e valor significativo, é razoável que a exigência de comprovação da qualificação técnica se dê sem a especificação destas.
4. Ao exigir, como requisito de habilitação, a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, o edital deve explicitar, com clareza, quais os serviços considerados compatíveis com o objeto a ser contratado.
5. Nas licitações processadas por itens, a Administração Pública estará obrigada a reservar à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte aqueles itens cujo valor seja inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), na forma prevista no artigo 48, inciso I, da Lei Complementar n. 123/06, ainda que o somatório do valor de todos os itens supere esse montante.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia apresentada em face do edital do Pregão Presencial n. 139/2019, Processo Licitatório n. 224/2019 (Registro de Preço n. 115/2019), deflagrado pelo Município de Araguari, em razão das irregularidades descritas nos itens 1 e 3 da fundamentação, a saber:
- 1) Da desclassificação da denunciante em etapa prévia à fase de lances; e
  - 3) Da ausência de previsão de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte para o item 56;
- II) aplicar multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais), em virtude da irregularidade relativa ao item 1, à sra. Rosana Aparecida Pereira Arcelino, pregoeira responsável por desclassificar a denunciante, em decorrência da apresentação de proposta com preço global superior ao valor estimado, antes da fase de lances, em contrariedade à legislação do pregão e à jurisprudência do TCU, prejudicando a obtenção pela Administração de proposta mais vantajosa para os itens 4, 14, 15, 26, 48, 49 e 60;
- III) deixar de aplicar multa em relação ao item 3, nos termos da fundamentação;
- IV) recomendar à atual gestão do Município de Araguari que, nas futuras licitações, observe as determinações contidas no inteiro teor desta decisão;
- V) determinar a intimação das partes acerca do teor desta decisão;
- VI) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila. Vencido, em parte, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 5 de maio de 2022.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente

LICURGO MOURÃO  
Relator

*(assinado digitalmente)*

**NOTAS TAQUIGRÁFICAS**  
**SEGUNDA CÂMARA – 17/3/2022**

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

**I – RELATÓRIO**

Tratam os autos de denúncia, com pedido liminar, formulada pela empresa CONECTAMED - Comércio e Distribuição Ltda., em desfavor da Secretaria de Saúde do Município de Araguari, devido a possíveis irregularidades na condução do Processo Licitatório n. 224/2019 (Pregão Presencial n. 139/2019, Registro de Preço n. 115/2019), cujo objeto foi o registro de preços para eventual e futura aquisição de materiais de consumo (limpeza e higiene) para atender o Departamento de Almojarifado daquela Pasta.

A denúncia foi admitida e autuada, em 20/1/2020, ocasião em que foi distribuída à minha relatoria, e redistribuída ao conselheiro Wanderley Ávila, em observância ao art. 128 do Regimento Interno.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL apresentou estudo técnico de peça 4 concluindo pela procedência da denúncia quanto à irregularidade na a) desclassificação da denunciante em etapa prévia à fase de lances e indício de irregularidade nos seguintes fatos b) proibição de participação de empresas em recuperação judicial e c) ausência de previsão de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte para o item 56 do edital. Ao final manifestou-se pela citação dos responsáveis.

O pedido de liminar foi indeferido pelo então relator conselheiro Wanderley Ávila (peça 6).

À peça 7, os autos foram redistribuídos à minha relatoria.

O Ministério Público de Contas elaborou seu parecer preliminar de peça 8, aditando à denúncia as seguintes irregularidades: a) exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância e b) exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem exigência de qualificação técnico-profissional e, ao final, opinou pela citação dos responsáveis.

Os autos foram digitalizados e inseridos no Sistema de Gestão e Administração de Processos (SGAP), conforme peças 9 a 12.

Determinada a citação dos srs. Marcos Coelho de Carvalho, prefeito de Araguari, Guilherme Afonso de Figueiredo Martins, secretário municipal de Saúde, e da sra. Rosana Aparecida Pereira Arcelino, pregoeira, para apresentação de defesa (peça 14), os responsáveis se manifestaram através das peças 22, 23 e 25 a 28.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM apresentou novo estudo de peça 31, manifestando-se pela permanência da irregularidade denunciada, a saber, a desclassificação da denunciante em etapa prévia à fase de lances.

Quanto à exigência prevista no item 7.4, subitens 7.4.1 e 7.4.1.1 do Edital, de apresentação de certidão negativa de falência ou de recuperação judicial, e quanto à ausência de previsão de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte para o item 56, a 1ª CFM manifestou pela emissão de recomendação.

O Ministério Público de Contas, à peça 33, ratificou o entendimento técnico, opinando pela procedência parcial dos apontamentos, com aplicação de multa e expedição de recomendação ao jurisdicionado.

É o relatório, no essencial.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### 1. Da desclassificação da denunciante em etapa prévia à fase de lances

A denunciante aponta irregularidade na conduta da pregoeira que a desclassificou do certame, antes da fase de lances, sob o fundamento de que a sua proposta exibia valor global superior ao estimado no edital.

Aduz que a dinâmica de classificação e julgamento das propostas apresenta peculiaridades na modalidade licitatória pregão, de sorte que não caberia a aplicação *in casu* do disposto no art.48, inciso II, da Lei n. 8.666/93. Acrescenta que a apreciação da sua proposta deveria ter perpassado pelo rito previsto nos itens 8.3.1.2 a 8.3.1.4.2 do edital, em observância às disposições sobre o tema previstas na Lei nº 10.520/2002 e 3.555/2000, razão pela qual a compatibilidade do preço da proposta em face do preço estimado só poderia ter sido analisada após a etapa de lances.

Afirma que a sua desclassificação em face de um “valor excessivo”, antes da etapa de lances, afigura-se desarrazoada e desproporcional, pois é característica do pregão a alteração dos valores propostos durante a fase de lances, com reduções sucessivas dos valores propostos pelos licitantes.

Colaciona, por fim, o Acórdão n. 2131/2016, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), que considera irregular a desclassificação de licitantes, antes da fase de lances, em decorrência da apresentação de proposta cujos valores são superiores ao valor estimado, o que afronta o disposto no art.4º, inciso XI, da Lei nº 10.520/2002 e art. 25 do Decreto n. 5.450/2005.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, no exame inicial de peça 4, constatou que a desclassificação da ora denunciante, CONECTAMED, se deu em virtude da apresentação de proposta com valor global superior ao valor estimado, conforme Ata da Sessão do Pregão acostada às fls. 35/89 da peça 11 e fl. 1 da peça 12 e proposta da denunciante extraída da decisão da pregoeira que indeferiu o recurso administrativo por ela interposto à fl. 8 da peça 12, *verbis*:

A empresa CONECTAMED – COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA, teve sua proposta indeferida por apresentar valor global superior ao valor estimado do edital, a licitante foi desclassificada com base no subitem 15.15 do edital: “Não serão aceitas Propostas com Valor Global superior ao valor constante do subitem 15.14”.

O valor global estimado para o certame conforme disposto no subitem 15.14 era de: R\$ 979.461,45 (Novecentos e Setenta e Nove Mil Quatrocentos e Sessenta e Um reais e Quarenta e Cinco Centavos), a proposta apresentada pela empresa CONECTAMED – COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA somou um valor global de R\$ 1.194.312,05 (Um Milhão Cento e Noventa e Quatro Mil Trezentos e Doze Reais e Cinco Centavos), ressaltando que o Edital no Item 05 do Anexo I – Termo de Referência consta a estimativa máxima de todos os itens do processo, não sendo passível de alegação da Recorrente que não teve acesso aos valores estimados da licitação, valores estes referência como valor máximo a ser pago para cada item. (sic) (grifo nosso)

A CFEL verificou que o valor global da proposta apresentada pela denunciante foi 18% superior ao valor global estimado do objeto licitado. Contudo, considerou irregular a sua desclassificação que se deu antes da fase de lances, além de contrariar a legislação do pregão, revelando-se desarrazoada e prejudicial para a Administração, pois, mesmo sem participar da etapa de lances, a denunciante apresentou proposta mais vantajosa para inúmeros itens, tendo em vista as seguintes justificativas:

(...) não há razão para excluir sumariamente da disputa o licitante cuja proposta tem valor global superior ao preço global estimado da contratação, se na “licitação por itens” os

licitantes sequer são obrigados a ofertar preços para todos os itens licitados e o julgamento das propostas deverá ser apurado em função de cada item. Confrontando os preços máximos indicados no Termo de Referência para cada um dos 60 (sessenta) itens (fls.127-138) com as propostas dos licitantes registradas na Ata do Pregão (fls.170-225), foi possível constatar que a Denunciante apresentou proposta inicial compatível com o preço estimado para os itens 2, 3, 4, 5, 7, 11, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 26, 27, 42, 47, 48, 49, 59 e 60, e que, mesmo após a etapa de lances – da qual não participou –, os preços ofertados para os itens 4, 14, 15, 26, 48, 49, 60, permaneceram mais vantajosos para a Administração que aqueles ofertados pelos licitantes vencedores (...).

Por esses motivos, a CFEL se manifestou pela procedência do apontamento denunciado, ao considerar irregular a desclassificação da empresa denunciante, anterior à fase de lances, a “despeito da previsão contida no item 15.15, as regras editalícias sobre o exame e classificação das propostas foram orientadas tanto na Lei n. 10.520/00 quanto no Decreto Federal n. 3.555/00, que regulamenta a matéria no âmbito da União”.

Em sua manifestação preliminar de peça 8, o Ministério Público de Contas ratificou a análise técnica e aditou outras irregularidades, além das denunciadas, e requereu a citação dos responsáveis para apresentação de defesa.

Os responsáveis, sr. Guilherme Afonso de Figueiredo Martins, secretário de Saúde, e a sra. Rosana Aparecida Pereira Arcelino, pregoeira, apresentaram defesa nas peças 23 e 26 e o prefeito Marcos Coelho de Carvalho na peça 28.

Alegaram os defendentes que a pregoeira desclassificou a licitante com base no subitem 15.15 do edital “Não serão aceitas propostas com valor global superior ao valor constante do subitem 15.14”, com fundamento no princípio da vinculação ao instrumentário convocatório de acordo com o estabelecido no art. 3º, 41 e art. 55 – XI da Lei n. 8.666/93, no art. 4º, inciso VII da Lei n. 10.520/02, na doutrina e na jurisprudência.

Alegaram, ainda, que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório é corolário do princípio da legalidade e das determinações habilitatórias e impõe à Administração a observância das normas estabelecidas no edital. Aduziram que a denunciante não apresentou impugnação em face do instrumento convocatório, o que evidencia que estava ciente e de acordo com as condições estabelecidas no edital.

Afirmaram que o Anexo I – Termo de Referência do edital do Pregão Presencial n. 139/2019 apresentou os valores estimados para todos os itens a serem licitados, e que a denunciante teve acesso aos valores máximos estipulados.

Evidenciaram que se a pregoeira não tivesse desclassificado a ora denunciante, por descumprimento do subitem 15.15, “outro licitante poderia tê-la denunciado por descumprir as regras do referido edital”.

Ressaltaram que o Departamento de Licitações da Secretaria Municipal de Saúde, após analisar a cláusula editalícia de que “Não serão aceitas propostas com valor global superior ao valor constante do subitem XX.XX”, deixou de utilizá-la nos editais de pregão a partir de fevereiro de 2020.

No tocante a medida cautelar pleiteada, os responsáveis informaram que, quando da emissão do relatório pela unidade técnica deste Tribunal, se o Município de Araguari e os responsáveis pelo processo tivessem sido notificados da denúncia e dos indícios de irregularidades apontados, teriam de imediato procedido à revogação do processo com amparo na Súmula 473.

Acrescentaram que para apontar a suposta irregularidade foi necessário um intenso esforço hermenêutico e aplicação cumulativa e subsidiária de normas, eis que inexiste norma clara e precisa que veda a conduta realizada pela pregoeira e equipe de apoio. Logo, seria impensável

que pudessem ser punidos, uma vez que os atos administrativos estão amparados pelo disposto no artigo 48, II, da Lei n. 8.666/93.

Aduziram que se o ato administrativo se encontra pautado em lei, não há que se falar em conduta dolosa ou culposa dos envolvidos, mas, apenas, sobre divergência jurisprudencial que sequer foi sumulada por este Tribunal. Portanto, alegaram que se mostra inaplicável a penalização dos defendentes, tendo em vista a divergência entre o entendimento apresentado e o disposto no artigo 48, II, da Lei n. 8.666/93.

Além das justificativas acima apresentadas, o então prefeito Marcos Coelho de Carvalho ratificou na sua defesa de peça 28, os procedimentos adotados pelo pregoeiro municipal e o gestor da pasta de saúde municipal na condução do processo licitatório ora analisado, posto que observaram os princípios norteadores da licitação, primando pelo princípio da legalidade e da isonomia e, ainda, buscaram alcançar as propostas mais vantajosas para a municipalidade.

Em seu exame de peça 31, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM discorreu que quanto a alegação dos responsáveis de que a pregoeira “desclassificou a licitante com base no subitem 15.15 do edital, de que “Não serão aceitas propostas com valor global superior ao valor constante do subitem 15.14”, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumentário convocatório, destacou que o referido princípio vincula tanto a Administração Pública quanto os interessados, desde que, as regras do instrumento convocatório estejam em conformidade com a lei e a Constituição, conforme previsão contida no art. 3º da Lei n. 8.666/93.

Ademais, asseverou que a pregoeira, sra. Rosana Aparecida Pereira Arcelino, e o secretário municipal de Saúde, sr. Guilherme Afonso de Figueiredo Martins, foram signatários do edital, sendo, portanto, responsáveis diretos pelas disposições do subitem 15.15 do edital.

A 1ª CFM discorreu, ainda, que as regras estipuladas no edital que infrinjam direitos dos interessados deverão ser rejeitadas, tendo em vista o princípio da legalidade, bem como as exigências que forem ilegais, desproporcionais, inconstitucionais, enfim, passíveis de nulidade, a Administração e o licitante não estão obrigados a cumpri-las.

Asseverou que a desclassificação da licitante, anterior à fase de lances, em decorrência da oferta de valores acima do preço estimado, afronta o disposto no art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002, o Decreto Federal n. 3.555/00 e o art. 25 do Decreto Federal n. 5.450/2005.

Com isso, a unidade técnica evidenciou que além de contrária à legislação, a prática adotada pela pregoeira está em desacordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão citado de n. 2.131/2016 (TCU – Plenário, Representação de relatoria do Ministro Substituto Marcos Bemquerer e com o próprio edital do certame aqui analisado.

Diante da legislação acima citada, a 1ª CFM entendeu que não merece prosperar a alegação dos responsáveis de que houve “intenso esforço hermenêutico e aplicação cumulativa e subsidiária de normas”, eis que isto se fez necessário, pois a exigência imposta no item 15.15 foi fundamentada no artigo 48, II da Lei n. 8.666/93, o que evidencia erro da pregoeira em desclassificar a licitante com base nesse artigo, deixando de observar, assim, os critérios de julgamento da proposta.

Quanto à alegação dos responsáveis de que a “denunciante não apresentou impugnação em face do instrumento convocatório, o que se entende que a mesma estava ciente e de acordo com as condições estabelecidas no mesmo”, citou entendimento do TCU de que:

A publicação e ausência de impugnação não tem o condão de conferir legalidade às regras dispostas no edital licitatório, como bem reconheceram os defendentes. Tampouco a ausência de manifestação, por licitante ou cidadão, impede a reavaliação dos atos

posteriores por quem de direito. Aceitar essa afirmação como verdadeira seria afirmar que a ausência de manifestação dos licitantes ou cidadãos faria ‘coisa julgada’ das regras estabelecidas no edital, não podendo o Tribunal realizar o exame posteriormente, situação completamente fora da realidade. (TCU 00760320126, Relator José Múcio Monteiro, julgado 08/09/2015)

Assim, entendeu a unidade técnica que mesmo que a licitante estivesse ciente e de acordo com as condições estabelecidas no edital ou tivesse perdido o direito à impugnação deste, não impediria a legitimidade de qualquer pessoa, física ou jurídica, de exercer o direito de petição a este Tribunal de Contas, envolvendo irregularidades em licitações e contratos, nos termos do art. 113 da Lei 8.666/93.

No tocante à medida cautelar sugerida pela CFEL (peça 4), esclareceu a 1ª CFM que o relator (peça 6) indeferiu o referido pedido, considerando que a suspensão pleiteada não pode ser concedida após a celebração do contrato, por expressa vedação constitucional, art. 76, § 1º, CE/89, restando prejudicado o pedido liminar da ora denunciante.

Por fim, a 1ª CFM manifestou-se pela procedência deste apontamento denunciado.

O MPC, em consonância com o estudo técnico, concluiu à peça 33, que os fundamentos apresentados pelos defendentes não foram hábeis a desconstituir a irregularidade aqui apontada e opinou pela aplicação de multa, bem como à emissão de determinação aos responsáveis ou quem lhes haja legalmente sucedido, para que não mais pratique essa conduta tida como irregular, devendo este Tribunal providenciar que sua unidade técnica competente monitore o cumprimento dessa determinação.

Pela leitura da Ata da Sessão de Registro de Preços juntada às fls. 97/104 e da decisão Administrativa de fl. 105 (peça 9), constato que cinco empresas foram classificadas e vencedoras dos itens licitados, tendo sido a empresa ora denunciante desclassificada justamente pelo descumprimento do item 15.15 (“Não serão aceitas propostas com valor global superior ao valor constante do subitem 15.14”), nos termos do julgamento dos recursos administrativos por elas interpostos (fls. 89/96 - peça 9).

Sobre o tema, destaco que na licitação na modalidade pregão é comum surgirem dúvidas em relação à classificação das propostas para a fase de lances. De fato, a maior dificuldade refere-se à desclassificação das ofertas com valores excessivos ou inexequíveis em comparação ao valor estimado para a contratação.

O art. 48 da Lei 8.666/93 dispõe, *in verbis*:

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

Nos termos da norma geral de licitações as propostas com valor excessivo devem ser desclassificadas. Igual julgamento deve receber as propostas que não apresentem valor suficiente para a satisfação dos custos da execução do objeto licitado. Mas a excessividade e a inexecuibilidade são relativas e demandam muita cautela.

Ressalto que o tema causa dificuldades práticas especialmente no pregão na fase que precede a etapa de lances. A Lei n. 10.520/02 previu no art. 4º, inciso VII a necessidade de verificação, antes da fase de lances, da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

Como bem destacou a unidade técnica, os Decretos n. 3.555/00 e n. 5.450/05 que regulamentaram a matéria em âmbito federal assim dispõem, respectivamente:

Art. 9º. As atribuições do pregoeiro incluem:

[...]

III – a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes

[...]

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito;

Art. 22. [...]

§2º. O pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos no edital.

[...]

Art. 25. Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme as disposições do edital.

Visto isso, tem-se que a Lei do Pregão definiu que antes da fase de lances que o pregoeiro deverá avaliar a conformidade das propostas aos requisitos do edital.

Já os regulamentos determinam, de forma mais detalhada que após encerrada a etapa de lances será examinada a proposta primeira classificada quanto ao seu valor.

Ocorre que, apesar desses comandos, na prática alguns pregoeiros promovem a desclassificação de propostas em momento anterior à etapa de lances em função de excessividade do valor apresentado pelo proponente, que foi o caso em questão, ou pela inexecuibilidade do mesmo.

Com relação à desclassificação por valor excessivo, antes da etapa de lances, tal medida não se mostra adequada, em razão da característica de alteração dos valores propostos durante a fase de lances, típico da modalidade pregão, com reduções sucessivas.

Em julgado do ano de 2016, o Tribunal de Contas da União já tratava a questão:

Representação. Licitação. Pregão eletrônico. Serviços de impressão corporativa. **I) Desclassificação indevida de licitantes, antes da fase de lances, em razão da apresentação de propostas superiores ao orçamento.** Restrição ao caráter competitivo do certame. Procedência parcial. [...] Determinações. (TCU. Acórdão 2131/2016 – Plenário) (grifou-se)

Cita-se ainda o entendimento do ministro relator, de que “o exame da proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação deve ocorrer após o encerramento da etapa de lances”.

É importante ressaltar que os licitantes têm liberdade de elaboração das suas ofertas, podendo minimizar ou até excluir sua margem de lucro e reduzir alguns custos em função da sua atividade, maquinário, estoques, etc. e ainda assim estar apto a executar o objeto da licitação.

Isso posto, entendo pela procedência desta irregularidade, eis que a empresa denunciante foi excluída da disputa por apresentar proposta com valor global superior ao preço estimado da contratação, sendo que apresentou proposta inicial compatível com o preço estimado para os itens 2, 3, 4, 5, 7, 11, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 26, 27, 42, 47, 48, 49, 59 e 60, e que, mesmo após a etapa de lances – da qual não participou -, os preços ofertados para os itens 4, 14, 15, 26, 48, 49, 60, permaneceram mais vantajosos para a Administração que aqueles ofertados pelos demais licitantes vencedores.

Por essas razões, aplico multa à sra. Rosana Aparecida Pereira Arcelino, no valor de R\$1.000,00 (mil reais), pregoeira responsável por desclassificar a ora denunciante, em decorrência da apresentação de proposta com preço global superior ao valor estimado, antes da fase de lances, em contrariedade à legislação do pregão e a jurisprudência do TCU, prejudicando a obtenção pela Administração de proposta mais vantajosa para os itens 4, 14, 15, 26, 48, 49 e 60.

Na oportunidade recomendo ao atual prefeito de Araguari que, nos futuros certames, adotada a Lei n. 8.666/93, atente-se para a previsão contida nos Decretos n. 3.555/00 e n. 5.450/05 que regulamentaram a matéria em âmbito federal e no Decreto n. 48.012, de 22.07.202,0 que regulamenta o pregão eletrônico, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo de Minas Gerais, com relação a fase de lances.

Isso, porque no interregno de dois anos a partir de 1º de abril de 2021, as Leis n. 14.133/2021 e n. 8.666/1993 – bem como as Leis n. 10.520/2002 (Lei do Pregão) e n. 12.462/2011 (RDC) – coexistirão. Isso significa dizer que todas essas leis vigorarão ao mesmo tempo, podendo a Administração valer-se de quaisquer dos regimes.

Dizendo de outro modo, até 1º/4/2023, os órgãos públicos poderão optar por continuar utilizando as Leis Tradicionais/Antigas (Leis n. 8.666/1993, n. 10.520/2002 e n. 12.462/2011), utilizar a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – (Lei n. 14.133/2021), ou alternar os regimes em procedimentos distintos, sendo vedada a aplicação combinada dos diferentes diplomas, nos termos do art. 191 da NLLC.

## **2. Da proibição de participação de empresas em recuperação judicial**

Após aplicação de checklist (peça 5) a CFEL apontou que o item 7.4, subitens 7.4.1 e 7.4.1.1 do Edital, exigiram a certidão negativa de recuperação judicial proibindo a participação de empresa em recuperação judicial e recuperação extrajudicial, em desacordo com Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, bem como em decisão deste Tribunal constante na Denúncia n. 986583, 25/5/2017 e decisão do TCERJ no processo n. 206.308-9/19.

O Ministério Público de Contas, em parecer preliminar, ratificou a análise técnica inicial e aditou outras irregularidades, além das denunciadas e requereu a citação dos responsáveis.

Na defesa apresentada pelos responsáveis nas peças 23, 26 e 28 acerca deste apontamento, citaram o artigo 31 da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre a exigência da documentação relativa à qualificação econômico-financeira. Em seguida, citaram decisões do TCU, no Acórdão

n.1214/2013 e Acórdão 2265/2020 TCU, bem como deste Tribunal, na Denúncia n. 986583<sup>1</sup>, para afirmarem que “não há irregularidade em se exigir a apresentação de certidão negativa de falência ou de recuperação judicial” diante da “ausência de comprovação, nos autos, de que licitante teria deixado de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial”.

Em que pesem as decisões deste Tribunal autorizando a exigência de apresentação do referido documento pelos licitantes interessados, afirmaram que “não se pode esquecer que inexistem nestes autos quaisquer indícios de que tal requisição tenha efetivamente restringido a participação de eventuais interessados, até mesmo porque não houve nenhuma impugnação ao instrumento convocatório”.

Assim, requereram que qualquer penalidade fosse convertida em recomendação para que, em consonância com a recomendação aposta na citada denúncia, o Município de Araguari fizesse constar nos próximos editais de Pregão, cláusula exigindo da empresa licitante, que estiver em recuperação judicial, a apresentação de plano de recuperação acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005.

A 1ª CFM, em seu relatório de peça 31, aquiesceu com a fundamentação dos responsáveis calcada na Denúncia n. 986583, e citou recente decisão no mesmo sentido, de relatoria do conselheiro substituto Adonias Monteiro, Denúncia n. 1072438, apreciada na Sessão da Segunda Câmara, de 12/3/2020.

No caso em exame, a 1ª CFM, após análise da Ata de realização do Pregão Presencial n. 139/2019, realizada em 16/12/2019 (peça 9), verificou que nenhum licitante teria deixado de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial ou de que, na hipótese de apresentação de certidão positiva, seria excluída, de plano. Dessa forma, entendeu que a exigência prevista no item 7.4, subitens 7.4.1 e 7.4.1.1 do Edital de apresentação de certidão negativa de falência ou de recuperação judicial não prejudicou a ampla competitividade.

Logo, recomendou que o atual gestor municipal faça constar, nos futuros editais, cláusula que exija da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei n. 11.101, de 2005, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira do proponente.

O MPC em seu parecer conclusivo de peça 33, ratificou mais uma vez o estudo técnico de peça 31, concluindo, assim pela improcedência deste apontamento de irregularidade.

Acorde com a unidade técnica e MPC e com o posicionamento deste Tribunal sobre o tema, entendo ser improcedente este apontamento de irregularidade, posto que a comprovação da regularidade econômico-financeira, por meio de certidão negativa de falência, estatuída no item 7.4 e subitens 7.4.1 e 7.4.1.1 do edital sob exame, revela-se satisfatória à garantia do cumprimento das obrigações e em consonância com o preceituado no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República c/c inciso II do art. 31 da Lei n. 8.666/1993.

Ademais, verifico que não houve prejuízo à ampla competitividade, porquanto das 7 (sete) empresas que participaram do certame, 2 (duas) foram desclassificadas por outras irregularidades editalícias, sendo 5 (cinco) classificadas e vencedoras dos itens licitados, como aferido pela leitura da Ata da Sessão de Registro de Preços juntada às fls. 97/104.

Doravante, recomendo, como tem feito esta Corte de Contas em caso análogos, que o atual prefeito de Araguari faça constar, se for o caso, nos próximos editais, cláusula que exija da empresa em recuperação judicial, a apresentação de comprovação de que o plano de

---

<sup>1</sup> Denúncia n. 986583, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, apreciada na Sessão do dia 25/05/2017.

recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei n. 11.101, de 2005, e suas alterações, para comprovação da capacidade econômico-financeira do proponente.

### **3. Da ausência de previsão de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte para o item 56**

Após aplicação do checklist à peça 5, a CFEL considerou irregular a ausência de previsão no subitem 2.2 do edital de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte referente ao item 56 (saco plástico leitoso de 20 litros), o qual teve o valor estimado de R\$76.900,00 (setenta e seis mil e novecentos reais). Veja-se:

COTAS DISTRIBUÍDAS, CONFORME ART. 48 DA LC 123/2006, COM REDAÇÃO DADA PELA LC 147/2014.

1. ITEM 17, 39, 53 e **56** (cota principal) – item aberto para a participação de todos os interessados que atendam aos requisitos deste edital;
2. ITEM 61, 62, 63 e 64 (Cota Reservada) – aberto para a participação exclusiva de Microempresas – ME, Empresas de Pequeno Porte – EPP e Microempreendedores individuais – MEIs, que atendam aos requisitos deste edital, sem prejuízo de sua participação nos itens da cota principal.

Com isso, a CFEL entendeu ter havido vício no subitem 2.2 do edital, eis que não incluiu o item 56 (saco plástico leitoso de 20 litros) no rol de itens cuja licitação seria exclusiva para microempresa e empresa de pequeno porte, contrariando o disposto no art.48, I da Lei Complementar n. 123/06.

Como dito nos itens antecedentes, o MPTC sem seu parecer preliminar de peça 8, ratificou o relatório técnico, aditou outras irregularidades e requereu a citação dos responsáveis.

Na defesa apresentada pelos responsáveis nas peças 23, 26 e 28, alegaram que o edital pretendia julgar os itens conforme o art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006, entretanto, quanto ao item 56, ao invés de destiná-lo exclusivamente à participação de ME e EPP, o edital estabeleceu cota de 25% para microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo com o disposto nos subitens 2.1 e 2.2.

Afirmaram que ocorreu um erro em relação a um dos itens, mas, não omissão do edital quanto ao atendimento à Lei Complementar n. 123/2006.

Afirmaram ainda que, após análise da Ata de julgamento, o item 56 e sua cota item 64 foram disputados e vencidos por microempresas, demonstrando, dessa forma, a ausência de prejuízo para as empresas protegidas pelo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Concluíram que por se tratar de erro, e não de omissão por parte da Administração, e diante da ausência de lesão à participação de ME e EPP para os itens 56 e 64, solicitaram que fosse reconsiderada qualquer tipo de penalidade, porventura imposta.

A 1ª CFM, em seu relatório de peça 31, elucidou que em se tratando de licitação por itens (menor preço por item), com valores inferiores ao teto legal, o edital deveria ter regulamentado a exclusiva participação de empresas de menor porte para o item 56, conforme preceitua o citado art. 48, inciso I, c/c art. 49, ambos da Lei Complementar n. 123/06, alterada pela Lei Complementar n. 147/14.

Ocorre que após análise da Ata de Realização do Pregão Presencial n. 139/2019, ocorrida em 16/12/2019 (peça 10), a 1ª CFM atestou que o item 56 e sua cota item 64 foram, de fato, disputados e vencidos por microempresas, no que deu razão às justificativas apresentadas pelos responsáveis.

Sendo assim, diante da ausência de lesão à participação de ME e EPP para os itens 56 e 64, a unidade técnica entendeu ser suficiente a emissão de recomendação ao gestor para que, nas futuras licitações seja observado o disposto no art. 48, inciso I, c/c art. 49, ambos da Lei Complementar n. 123/06, alterada pela Lei Complementar n. 147/14.

O MPTC, no parecer conclusivo de peça 33, ratificou o relatório da 1ª CFM, opinando igualmente pela formulação de recomendação ao gestor responsável, para que não mais pratiquem as condutas tidas como irregulares, devendo este Tribunal providenciar que sua unidade técnica competente monitore o cumprimento dessa determinação.

Coadunando com o entendimento técnico, destaco que a exclusividade de participação para microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, inciso I da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014, é obrigatória para os itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais), não havendo que se falar em incidência de “teto legal”.

Assim, entendo ser procedente este apontamento da denúncia, porém, deixo de aplicar multa aos responsáveis por não ter havido prejuízo à competitividade, pois, pela análise da Ata de julgamento, o item 56 e sua cota item 64 foram disputados e vencidos por microempresas, demonstrando, dessa forma, que não houve infringência ao art. 48, inciso I, c/c art. 49, ambos da Lei Complementar n. 123/06, alterada pela Lei Complementar n. 147/14.

#### **4. Exigência de qualificação técnica sem ser para as parcelas de maior relevância**

Em sua manifestação preliminar de peça 8, o Ministério Público de Contas aditou essa irregularidade, apontando que a exigência contida no item 7.5.1 do Edital (peça 9) para fins de comprovação de qualificação técnica mostrou-se ofensiva ao art. 30, § 5º, da Lei n. 8.666/93, bem como ao princípio da proporcionalidade, notadamente em seu sentido estrito, uma vez que exige a “apresentação de no mínimo 1 (um) atestado de desempenho, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprobatório da capacidade técnica para atendimento ao objeto da presente licitação”.

Observou que a exigência de que as licitantes comprovem experiência anterior na realização de serviços compatíveis com o objeto da licitação encontra respaldo no art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Entretanto, suscitou que tal comprovação apenas pode ser exigida relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo, nos termos do § 2º, do art. 30, da citada Lei, cabendo a Administração Pública definir as mencionadas parcelas, identificando os serviços mais complexos e diferenciados do objeto licitado e fundamentando a sua decisão.

No entanto, o que se verificou no certame em exame foi que todos os serviços licitados foram definidos como parcelas relevantes, contrariando o art. 30, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Os defendentes, informaram nas peças 23, 26 e 28, que o Edital de Pregão Presencial n. 139/2019 no item 7.5.1, assim dispôs sobre o atestado de capacidade técnica, *verbis*:

(...)

A regularidade da qualificação técnica exigida das licitantes, a qual deverá ser apresentada no envelope de habilitação, será confirmada por meio da comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, através da apresentação de no mínimo 01 (um) atestado de desempenho anterior, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprobatório da capacidade técnica para atendimento ao objeto da presente licitação.

(...)

Informaram ainda que objeto da licitação foi a aquisição de materiais de consumo (limpeza e higiene), tratando-se, assim, de aquisição de materiais, e não de prestação de serviços, e por

essa razão não foram indicadas as parcelas de maior relevância. Dessa forma, afirmaram que o instrumento convocatório atendeu as exigências quanto à qualificação técnica, conforme o disposto no art. 30, II da Lei n. 8.666/93.

Por fim, concluíram que inexistem irregularidades no edital que justifiquem a penalização dos defendentes, tendo em vista que a natureza do objeto não se mostrava tecnicamente viável a discriminação das parcelas de maior relevância, até porque a licitação foi realizada sob a modalidade de contratação de menor item.

A 1ª CFM, em seu relatório conclusivo de peça 31, acolheu as justificativas dos defendentes e destacou que no objeto descrito no Anexo I – Termo de Referência (peça 9), não houve itens que fossem mais complexos ou que apresentassem características que os tornassem diferenciados ou, até mesmo, que tivessem relevância técnica ou financeira de forma a justificar o estabelecimento de parcelas de maior relevância ou de valor significativo, tomando como referência o voto do conselheiro Mauri Torres, na Denúncia n. 1015814.

Quanto ao item 7.5.1 do edital em análise (peça 9), que tratou do atestado de capacidade técnica, a 1ª CFM verificou ter constado apenas a exigência para a comprovação de aptidão anterior para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, sendo suficiente para a garantia do cumprimento das obrigações, sem que gerasse restrição à competitividade.

Assim, tendo em vista a natureza do objeto da licitação, em que a discriminação das parcelas de maior relevância não se mostrou tecnicamente viável, a unidade técnica considerou improcedente esse item aditado pelo MPC.

O MPTC, no seu parecer conclusivo de peça 33, ratificou o relatório da 1ª CFM, opinando, assim, pela improcedência desta irregularidade.

Como comprovado pelos defendentes e atestado pela unidade técnica que o objeto licitado não era compatível com a indicação das parcelas de maior relevância e valor significativo, o que torna inviável, portanto, que seja realizada uma definição precisa destas, considero improcedente o apontamento em exame.

#### **5. Exigência de comprovação de qualificação técnico-operacional sem a demonstração de qualificação técnico-profissional**

O órgão ministerial (peça 8) aditou esse apontamento por considerar irregular a exigência, para habilitação, de comprovação de qualificação técnico-operacional descrita no item 7.5.1 do edital (acima descrito), sem que fosse igualmente exigida a demonstração de qualificação técnico-profissional. Isso porque, segundo o *Parquet* de Contas, “um atestado de responsabilidade técnica fornecido em nome da sociedade empresária, por vezes, não espelhará a atual experiência do corpo profissional desta, até porque o responsável técnico pelos serviços descritos em determinado atestado pode não mais estar vinculado à licitante”, e esta, em virtude disso, não demonstraria estar apta a participar do certame.

Nas suas razões de justificativa, os responsáveis ressaltaram que o processo em análise trata de um pregão para aquisição de material de consumo, por registro de preços, e, dessa forma, a qualificação técnica mínima exigida estava em conformidade com art. 30, II, da Lei n. 8.666/93, que prevê exigência de qualificação técnica profissional nas licitações pertinentes a obras e serviços. E considerando que não se trata de licitação para contratação de obras e serviços, requereu que não fosse imputada qualquer penalidade a eles, uma vez que não se mostrou adequada a exigência de comprovação da qualificação técnica-profissional dos licitantes.

A 1ª CFM, destacou inicialmente que não há vedação à exigência de comprovação de capacitação técnico-operacional, a qual pode ser feita com fundamento no disposto no art. 30, II, da Lei n. 8.666/93, conforme argumentou o Ministério Público de Contas.

Entretanto, a unidade técnica salientou que como o objeto da licitação consistiu na aquisição parcelada de material de higiene e limpeza, sendo um objeto suficientemente simples, não caberia falar em prestação de serviços e, por conseguinte, na comprovação da qualificação técnico-profissional. Dessa forma, considerou improcedente a irregularidade aditada pelo MPC quanto a este item.

O MPC, na peça 33, ratificou o entendimento do órgão instrutivo, opinando, assim, pela improcedência deste item por ele aditado.

Nesse cenário, em conformidade com a manifestação técnica, sendo o objeto licitado a aquisição de material de higiene e limpeza que não depende de capacidade técnica específica do licitante, tenho por improcedente o apontamento avaliado neste item.

### III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **entendo** pela procedência parcial da denúncia apresentada em face do edital do Pregão Presencial n. 139/2019, Processo Licitatório n. 224/2019 (Registro de Preço n. 115/2019), deflagrado pelo Município de Araguari, em razão das irregularidades descritas nos itens 1 e 3 da fundamentação, a saber:

- 1) Da desclassificação da denunciante em etapa prévia à fase de lances; e
- 3) Da ausência de previsão de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte para o item 56.

Em virtude da irregularidade relativa ao item 1, aplico multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) à sra. Rosana Aparecida Pereira Arcelino, pregoeira responsável por desclassificar a denunciante, em decorrência da apresentação de proposta com preço global superior ao valor estimado, antes da fase de lances, em contrariedade à legislação do pregão e à jurisprudência do TCU, prejudicando a obtenção pela Administração de proposta mais vantajosa para os itens 4, 14, 15, 26, 48, 49 e 60.

Deixo de aplicar multa em relação ao item 3, nos termos da fundamentação.

Recomendo à atual gestão do Município de Araguari que, nas futuras licitações, observe as determinações contidas nesta proposta de voto.

Intimem-se as partes acerca do teor desta decisão.

Após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA SARA MEINBERG.)

**RETORNO DE VISTA  
NOTAS TAQUIGRÁFICAS  
TRIBUNAL PLENO – 4/5/2022**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

**I – RELATÓRIO**

Trata-se de denúncia, com pedido liminar, formulada pela empresa CONECTAMED - Comércio e Distribuição Ltda., em face da Secretaria de Saúde do Município de Araguari, noticiando possíveis irregularidades na condução do Processo Licitatório nº 224/19, Pregão Presencial nº 139/19, cujo objeto foi o registro de preços para eventual e futura aquisição de materiais de consumo (limpeza e higiene) para atender ao Departamento de Almoxarifado daquela Pasta.

Na sessão de 17/03/22, o relator, conselheiro-substituto Licurgo Mourão, apresentou proposta de voto com a seguinte conclusão:

Diante do exposto, entendo pela procedência parcial da denúncia apresentada em face do edital do Pregão Presencial n. 139/2019, Processo Licitatório n. 224/2019 (Registro de Preço n. 13 1084404\_17032022/S 115/2019), deflagrado pelo Município de Araguari, em razão das irregularidades descritas nos itens 1 e 3 da fundamentação, a saber:

- 1) Da desclassificação da denunciante em etapa prévia à fase de lances; e
- 3) Da ausência de previsão de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte para o item 56.

Em virtude da irregularidade relativa ao item 1, aplico multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) à sra. Rosana Aparecida Pereira Arcelino, pregoeira responsável por desclassificar a denunciante, em decorrência da apresentação de proposta com preço global superior ao valor estimado, antes da fase de lances, em contrariedade à legislação do pregão e à jurisprudência do TCU, prejudicando a obtenção pela Administração de proposta mais vantajosa para os itens 4, 14, 15, 26, 48, 49 e 60.

Deixo de aplicar multa em relação ao item 3, nos termos da fundamentação.

Recomendo à atual gestão do Município de Araguari que, nas futuras licitações, observe as determinações contidas nesta proposta de voto.

Intimem-se as partes acerca do teor desta decisão.

Após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

Em seguida, pedi vista do processo.

É o relatório, no essencial.

**II – FUNDAMENTAÇÃO**

Como relatado, o conselheiro-substituto, em sua proposta de voto, considerou parcialmente procedente a denúncia formulada pela empresa CONECTAMED - Comércio e Distribuição Ltda., concluindo pela irregularidade dos seguintes apontamentos atinentes ao Processo Licitatório nº 224/19, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Araguari:

- 1) Da desclassificação da denunciante em etapa prévia à fase de lances;
- 3) Da ausência de previsão de licitação exclusiva para microempresa e empresas de pequeno porte para o item 56.

De imediato, assevero que compartilho do entendimento do relator quanto à irregularidade dos referidos itens e quanto à não aplicação de sanção em decorrência da falha descrita no item 3.

Contudo, deixo de acolher sua proposta de aplicação de multa à Senhora Roseana Aparecida Pereira Arcelino em razão da inconsistência descrita no item 1.

Primeiramente, é preciso reconhecer, nos termos da proposta de voto do relator, que a desclassificação da denunciante, em decorrência da apresentação de proposta com preço global superior ao valor estimado, antes da fase de lances, de fato, contrariou o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), acarretando, nesse caso concreto, que a Administração contratasse preços superiores aos que a licitante desclassificada havia ofertado nos itens 4, 14, 15, 26, 48, 49 e 60, o que não se mostra adequado.

Sobre o tema, é preciso considerar que a Nova Lei Geral de Licitações, Lei nº 14.133/21, traz disposições específicas sobre a desclassificação de propostas de valor superior ao limite fixado no edital. O art. 59, III, por exemplo, menciona que serão desclassificadas as propostas que "**permanecerem** acima do orçamento estimado", permitindo, inclusive, a verificação da conformidade apenas da proposta mais bem classificada (§ 1º art. 59).

Nessa mesma linha de sanar defeitos das propostas, existe autorização para que a Administração negocie com o primeiro colocado quando, após a fase de lances, seu preço permanecer acima do preço máximo definido (art. 61, §1º).

Nesse contexto, fica claro que a nova legislação caminhou para consagrar justamente o entendimento do TCU, segundo o qual, no pregão, a análise da aceitabilidade das propostas, no que se refere ao valor estimado, deve ficar restrita ao momento posterior à fase de lances.

Assim, em conformidade com a proposta de voto do relator, entendo que a forma como se aplicou o disposto nos subitens 15.15 c/c 15.14 do edital, de fato, foi irregular e restringiu o caráter competitivo do certame.

Entretanto, no que concerne à aplicação de multa, ressalto que a responsabilização da pregoeira deve observar o disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A norma qualifica e restringe as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, pois, além de afastar a possibilidade de responsabilização objetiva, exige que o ato culposos (erro) seja “grosseiro”.

No âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB e trouxe a definição, em seu art. 12, §1º, de erro grosseiro, o qual será “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O referido decreto federal aproximou, portanto, o conceito de erro grosseiro do de culpa grave.

De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri Filho<sup>2</sup>, “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal”.

Pode-se concluir, portanto, que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave.

Nesse cenário, embora a desclassificação da denunciante tenha contrariado orientação jurisprudencial a respeito da aplicação de cláusula de valor máximo, faz-se mister ter em mente que a conduta foi compatível com uma compreensão literal das disposições dos subitens 15.15

<sup>2</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

c/c 15.14, que constituem, por sua vez, idêntica reprodução do texto da Lei nº 8.666/93. Isso porque o art. 43, IV, recomenda a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis com os requisitos do edital<sup>3</sup> e o art. 48, II, comanda, expressamente, a desclassificação de proposta com valor global superior ao limite estabelecido<sup>4</sup>.

Destarte, não vislumbro ofensa direta e literal ao texto legal a caracterizar erro grosseiro e ensejar a aplicação de sanção à responsável, de modo que não acolho a proposto de voto quanto a esse ponto, sendo suficiente a expedição de recomendação para que, diante da iminente obrigatoriedade de adoção dos procedimentos previstos na Lei nº 14.133/21, a partir de 01/04/23, passe a observar que a análise da aceitabilidade das propostas, no que se refere ao valor estimado, deve ficar restrita ao momento posterior à fase de lances.

### III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, acolho parcialmente a proposta de voto do relator, dele divergindo apenas para não aplicar multa à Senhora Roseana Aparecida Pereira Arcelino, pregoeira responsável pela desclassificação da denunciante no certame, uma vez que sua conduta não caracterizou dolo ou erro grosseiro.

Voto, ainda, pela expedição de recomendação para que, diante da iminente obrigatoriedade de adoção dos procedimentos previstos na Lei nº 14.133/21, a partir de 01/04/23, a responsável passe a observar que a análise da aceitabilidade das propostas, no que se refere ao valor estimado, deve ficar restrita ao momento posterior à fase de lances, por expressa determinação legal.

#### CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Senhor Presidente, nesse caso eu verifiquei que a pregoeira foi subscritora do edital também, com cláusula que reproduziu o dispositivo da Lei nº 8.666 e como se tratava de pregão, então, deveria ser observado os dispositivos da Lei do Pregão e decreto regulamentador.

Então, por esse motivo, no mesmo sentido do Relator, entendo que houve erro grosseiro, portanto acompanho o Relator.

#### CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Eu também acompanho o Relator.

FICA ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

\* \* \* \* \*

sb/fg

<sup>3</sup> Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - **verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital** e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, **promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;** (grifou-se)

<sup>4</sup> Art. 48. **Serão desclassificadas:**

II - **propostas com valor global superior ao limite estabelecido** ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (grifou-se)