

Processo: 1098449
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrentes: Antônio Divino de Souza, Andréa Mara da Cruz Almeida
Jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Matozinhos
Processo referente: 1048053, Denúncia
Procurador: Wantuil Pires Berto Júnior, OAB/MG 72075
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 18/5/2022

RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS NÃO PERECÍVEIS. AUSÊNCIA DE DESTINAÇÃO EXCLUSIVA ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. VALOR DO ITEM INDIVIDUALMENTE. IRREGULARIDADES. DECLARADA NULIDADE DO ACÓRDÃO NA PARTE QUE IMPUTOU MULTA AO PREFEITO À ÉPOCA. MANUTENÇÃO DA APLICAÇÃO DE MULTA À PREGOEIRA. RECOMENDAÇÃO.

1. A Lei Complementar n. 123/06 é expressa em determinar a exclusividade da participação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais).
2. A exclusividade à participação de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), prevista no art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/06, deve considerar o limite máximo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em cada item da licitação, e não no valor global estimado do registro de preços.
3. A responsabilização do agente deve considerar as peculiaridades do caso concreto, de maneira a constatar se o gestor, ao praticar o ato de homologação, o fez de forma temerária, agindo com culpa grave ou dolo.
4. As manifestações que subsidiam a citação do gestor devem apresentar os elementos necessários à individualização da conduta supostamente irregular, sob pena de restar configurada a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que impõe a desconsideração da responsabilidade do gestor e, por conseguinte, a nulidade da multa a ele imputada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em:

- I) conhecer do recurso interposto, preliminarmente, por unanimidade, porquanto próprio, tempestivo e interposto por partes legítimas, nos termos do voto proferido pelo Conselheiro Relator;
- II) declarar, de ofício, no mérito, por maioria, a nulidade do capítulo do acórdão da Denúncia nº 1.048.053, na parte que imputou multa ao prefeito municipal à época, Senhor Antônio

Divino de Souza, pelas razões expostas na fundamentação desta decisão, nos termos do voto-vista proferido pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão;

- III) manter, por unanimidade, a aplicação de multa à pregoeira municipal, Senhora Andréa Mara da Cruz Almeida, no valor total de R\$1.000,00 (mil reais), sendo R\$500,00 (quinhentos reais) por cada irregularidade;
- IV) manter a recomendação à administração municipal, nos termos do acórdão recorrido;
- V) determinar a intimação das partes desta decisão, nos termos do art. 166, § 1º, I, do Regimento Interno desta Corte;
- VI) determinar, ultimadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Substituto Telmo Passareli apenas na preliminar de admissibilidade, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho apenas no mérito, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro. Vencido, no mérito, o Conselheiro Relator e o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

Presente à sessão a Subprocuradora-Geral Cristina Andrade Melo.

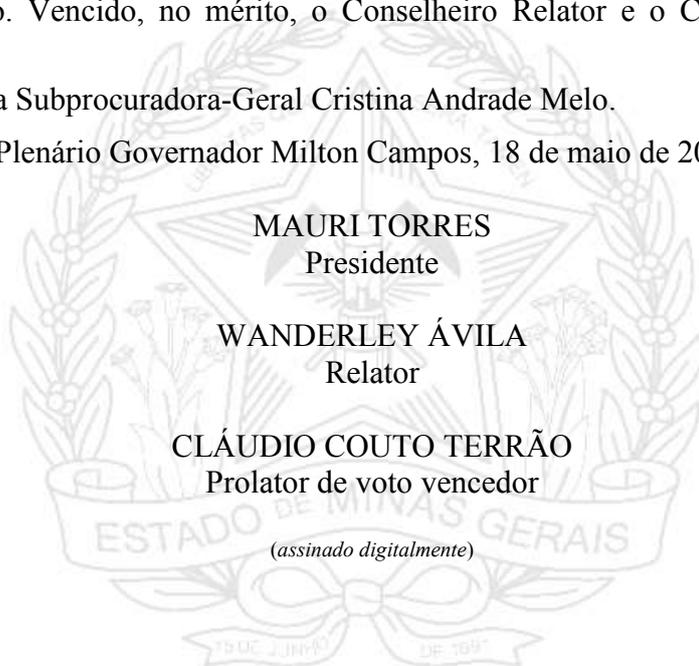
Plenário Governador Milton Campos, 18 de maio de 2022.

MAURI TORRES
Presidente

WANDERLEY ÁVILA
Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 6/4/2022

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Antônio Divino de Souza, Prefeito Municipal de Matozinhos, e Sra. Andréa Mara da Cruz Almeida, Pregoeira Municipal, em 23/10/2020, em face de decisão exarada pela Primeira Câmara desta Corte de Contas, em sessão de 18/08/2020, nos autos da Denúncia n.º 1.048.053, disponibilizada no Diário Oficial de Contas de 11/09/2020.

Naquela assentada, decidiu o Colegiado (peça n.º 11 do SGAP – Denúncia n.º 1.048.053):

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em: **I**) julgar procedente a denúncia; **II**) aplicar multas aos responsáveis pelo Processo Licitatório n.º 97/2018, promovido pela Prefeitura de Matozinhos, com fundamento nas disposições do art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/08, sendo: **a**) R\$ 500,00 (quinhentos reais), individualmente, ao Prefeito Municipal Antônio Divino de Souza e à Pregoeira Andréa Mara da Cruz Almeida, por inobservância do tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte estabelecido no art. 48, incisos I e III, da Lei Complementar n.º 123/06; e **b**) R\$ 500,00 (quinhentos reais) à Pregoeira Andréa Mara da Cruz Almeida, por descumprimento do prazo estabelecido no edital para resposta a pedido de esclarecimentos, com ofensa aos princípios juslicitatórios da isonomia, legalidade, publicidade e vinculação ao instrumento convocatório; **III**) recomendar à Administração Municipal que, em futuros certames, objetivando contratação economicamente viável, ambientalmente correta e socialmente justa, observe estritamente o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte pela LC n.º 123/06, conforme parecer emitido na Consulta n.º 952.011, deste Tribunal; **IV**) determinar a intimação, por via postal, do denunciante e dos denunciados do inteiro teor desta decisão; **V**) determinar, findos os procedimentos pertinentes, o arquivamento do processo, a teor do previsto no inciso I do art. 176 do Regimento Interno.

Em despacho à peça n. 03 do SGAP, admiti o presente Recurso Ordinário, uma vez que próprio, tempestivo e os Recorrentes, partes legítimas. Ainda, determinei a remessa dos autos a 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios e ao *Parquet* de Contas para manifestação.

À peça n. 04 do SGAP, a 3ª CFM concluiu pela rejeição das razões recursais apresentadas e consequente manutenção da decisão recorrida, uma vez que os Recorrentes não apresentaram nenhum fato novo capaz de desconstituir as irregularidades verificadas. Por sua vez, o *Parquet* de Contas (peça n. 09 do SGAP), destacando que os Recorrentes se limitaram a reproduzir os argumentos utilizados em sua manifestação de defesa, opinou pelo desprovimento do recurso, mantendo-se inalterada a decisão recorrida.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Da admissibilidade

Conforme Certidão Recursal (peça n.º 07, fl. 09, do SGAP), a decisão recorrida foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas – DOC do dia 11/09/2020 (fl. 785, Denúncia n.º 1.048053), e a juntada do Aviso de Recebimento do Ofício n.º 17102/2010 – CADEL no dia

26/11/2020 (fl. 793 da Denúncia), tendo o prazo recursal se iniciado em 27/11/2020 e a presente peça recursal dado entrada nesta Corte em 23/10/2020, obedecendo, portanto, o prazo regimental.

Assim, uma vez que constatei estarem presentes todos os requisitos previstos nos arts. 328 e 335 do Regimento Interno, sendo o recurso próprio, tempestivo e os Recorrentes partes legítimas, a teor do art. 329 do Diploma Regimental, conheci do presente Recurso e, agora, ratifico sua admissibilidade, conforme despacho à peça n. 03 do SGAP.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

Conheço.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também conheço do recurso.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Conheço.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

APROVADA A PRELIMINAR DE ADMISSIBILIDADE.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II.2 – Mérito – Exclusividade de participação de ME e EPP

Em sua peça recursal (peça n.º 1 do SGAP), os Recorrentes aduziram a aplicação regular das normas do art. 48 da Lei Complementar n.º 123/06, com base em precedente do Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão n.º 1819/2018, consignando que tanto se pode reservar 25% (vinte e cinco por cento) do quantitativo de todos os itens, como também se pode reservar alguns itens para participação exclusiva das microempresas e empresas de pequeno porte. Argumentaram que se cumpriu a regra do inciso III do art. 48 da LC n.º 123/06 ao realizar o certame com a reserva de itens para lances exclusivos para microempresas e empresas de pequeno porte.

Citaram a possibilidade de aplicação de dispositivos do Decreto Estadual n. 47.437/2018. Acrescenta que é possível considerar todos os itens do certame com um único item, o que afasta a aplicação da mencionada norma. Aduz não ser possível a responsabilização da Pregoeira em razão da mencionada divergência interpretativa.

A Unidade Técnica, à peça n.º 4 do SGAP, destacou a inaplicabilidade do Decreto Estadual 47.437/2018, uma vez que sua aplicação se destina somente aos procedimentos licitatórios realizados no âmbito estadual, mesmo porque que não constou do preâmbulo do edital do

Pregão Presencial n.º 66/PMM/2018 – Processo Licitatório n.º 97/PMM/2018 (fl. 18), remissão à referida norma estadual. Afastou os argumentos dos Recorrentes em razão de não terem apresentado novos elementos capazes de desconstituir a presente irregularidade.

Por sua vez, o *Parquet* de Contas, à peça n.º 09 do SGAP, ressaltou que as razões recursais são as mesmas reproduzidas na peça de defesa, no bojo da Denúncia n.º 1.048.053, acrescentando que o Acórdão n.º 1819/2018 – Plenário do TCU trata de situação distinta da presente, não podendo ser utilizado como parâmetro de análise nesse caso.

Em atenção à presente controvérsia, faz-se necessário o exame dos termos dos arts. 47 a 49 da Lei Complementar n.º 123/2006, *in verbis*:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (grifei)

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando

I – (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Note-se que o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte encontra amparo na promoção do desenvolvimento econômico e social regional, buscando a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Para tanto, deverão ser observadas as cotas estipuladas nos incisos do art. 48 da Lei, de modo que os itens cujo o valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais) deverão ser destinados à participação exclusivas dessas empresas.

Ainda, cabe destacar que as hipóteses de inaplicabilidade do tratamento diferenciado estão restritas à ausência de competidores classificados como microempresas e empresas de pequeno porte, em um mínimo de três participantes, quando não for vantajoso ou representar prejuízo à contratação e nos casos em que a licitação for dispensável ou inexigível.

Desse modo, cabe examinar os termos do item 8.11.1.4 do instrumento convocatório (peça n.º 16, fl. 24, Denúncia n.º 1.048.053):

8.11.1.4. Nos termos do disposto no artigo 48, III, da LC 123/2006, até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto serão destinados para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Para cumprimento do dispositivo legal indicado, proceder-se-á da seguinte forma:

- a) Para os itens de número 18 A 23 do Anexo IV ao edital, as licitantes que não forem microempresas e empresas de pequeno porte não poderão formular lances, concorrendo apenas com os preços das propostas.
- b) As empresas que não forem microempresas e empresas de pequeno porte poderão fornecer lances para os itens de número 18 a 23, caso não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte para os itens.

Vê-se que o instrumento convocatório, além de não se amoldar às hipóteses de inaplicabilidade do tratamento diferenciado, não observou corretamente as normas da Lei Complementar, se limitando a reservar os itens 18 a 23 da contratação, buscando atender ao inc. III, do art. 48. Entretanto, a reserva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte deve ser garantida aos itens com valor inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), quando a contratação estiver dividida em itens, o que se verifica no presente caso.

Adicionalmente, como destacado pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (peça n.º 18, fl. 768v, Denúncia n.º 1.048.053):

No Pregão em análise, o custo estimado dos itens (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53) contratados não superou o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), segundo Relatório de Preços Estimados fls.174v/180, de forma que esses bens deveriam ser destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterado pela Lei Complementar nº 147/2014.

Nesse sentido, no bojo da Denúncia n.º 1.048.053, concluiu o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho:

Observo que não foi reservado nenhum item à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, mas apenas a vantagem de formular lances, concorrendo aquelas com as demais empresas em relação aos preços das propostas. Conforme já pontuado pela unidade técnica, apenas os itens 10, 14, 16, 17 e 52 foram estimados em valores superiores a R\$ 80.000,00, conforme tabela de estimativa de preços acostada às fls. 174v/180, em face do que deveriam os demais itens licitados serem destinados exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte. Assim, ao contrário do alegado pela defesa, apesar de a despesa total orçada para o certame ser de R\$1.019.726,19, para os itens cujos valores estimados são inferiores ao patamar de R\$80.000,00, tem-se configurada a hipótese de exclusividade prevista no inciso I do art. 48 da LC n.º 123/06.

Dessa forma, compreendo não merecer reparos a decisão proferida pela 1ª Câmara desta Corte de Contas, uma vez que o 8.11.1.4 do edital não observou corretamente o tratamento diferenciado a ser dado às microempresas e empresas de pequeno porte. As disposições do art.

48 da Lei Complementar não podem ser aplicadas de modo exclusivo, assim, não cabe ao gestor, em procedimentos divididos em diversos itens, optar pela aplicação das normas do inc. I do art. 48 ou das normas do inc. III do mesmo dispositivo, alternativamente.

Deve-se, existindo itens em valores inferiores a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), destiná-los exclusivamente à participação de microempresas e empresas. Tal tema já foi objeto de exaustivas discussões nesta Corte de Contas, como pode ser observado dos precedentes a seguir:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. PNEUS. PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E DE EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. IMPROCEDÊNCIA.

1. O parcelamento do objeto de licitação destinada à aquisição de bens ou de serviços divisíveis é obrigatório nas hipóteses em que tal fracionamento otimizar o aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade licitatória sem perda da economia de escala ou prejuízo ao conjunto da contratação (Enunciado de Súmula TCEMG n. 114).
2. A Administração deve observar, obrigatoriamente, as disposições legais relativas ao tratamento diferenciado para as microempresas e as empresas de pequeno porte nas contratações públicas, com fundamento nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar n. 123/2006.
3. As normas constantes na Lei Complementar n. 123/2006 são autoaplicáveis e independem de previsão editalícia (Consulta TCEMG n. 862465).
4. O item, na condição de unidade divisível da pretensão contratual administrativa, representa objeto licitatório autônomo, de modo que a Administração Pública deve realizar processo licitatório destinado à participação exclusiva das microempresas e das empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), com exceção das hipóteses do art. 49 da Lei Complementar n. 123/2006.¹

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO PARA ME E EPP. VALOR POR ITEM. IMPROCEDÊNCIA.

1. A Lei Complementar nº 123/06 é expressa em determinar a exclusividade da participação de Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais).
2. A realização de processo licitatório exclusivo às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) previsto no art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06 deve considerar o limite máximo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em cada item da licitação, e não no valor global estimado do registro de preços.²

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. MENOR PREÇO POR ITENS. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

¹ DENÚNCIA n. 1092373. Rel. CONS. SUBST. LICURGO MOURÃO. Sessão do dia 11/05/2021. Disponibilizada no DOC do dia 14/06/2021.

² DENÚNCIA n. 1092584. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 29/04/2021. Disponibilizada no DOC do dia 02/06/2021.

Para efeito de aplicação do tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas previsto no art. 48, I, da Lei Complementar 123/2006, considera-se o valor do item de contratação licitado e não o montante total dos bens em disputa.³

Em relação ao argumento recursal de que o procedimento adotado pelo município teve amparo no Acórdão n.º 1819/2018 – Plenário do TCU, alio-me ao entendimento exarado pelo Parquet de Contas, *in verbis*:

Registra-se que o caso dos autos não se ajusta ao fundamento do Acórdão 1.819/2019 - Plenário do TCU, consoante se observa do trecho colacionado a seguir:

Teço, a seguir, algumas considerações acerca do entendimento firmado pela Procuradoria Geral do Estado do Paraná, a partir da medida cautelar proferida nestes autos, no sentido de que os incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar Federal 123/2006 devem ser interpretados de forma cumulativa.

A aludida lei complementar regulamenta a previsão constitucional de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, consoante previsto no artigo 146, inciso III, da Carta Magna, estabelecendo, entre outras, regras de preferência nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal.

Além da sistemática prevista no art. 48, acima transcrito, a referida Lei Complementar estabeleceu três situações em que a aplicação dos referidos benefícios não deve ocorrer:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – Revogado

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

No âmbito da Administração Federal, por intermédio do Decreto 8.538/2015, foi regulamentado o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às ME e EPP, restando definido que, consoante previsto no inciso III do art. 49 da Lei Complementar, não é vantajosa para a administração a contratação que “resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência” ou cuja “natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios”.

Sendo assim, a meu ver, não há na legislação que regulamenta a matéria, determinação expressa no sentido de que a aplicação da cota de 25%, de que trata o inciso III do art. 48 da Lei Complementar 123/2006, estaria limitada à importância de R\$ 80.000,00, prevista no inciso I do referido dispositivo, razão pela qual reputo que não procede o entendimento de que esses incisos devem ser interpretados de forma cumulativa.

³ DENÚNCIA n. 1095037. Rel. CONS. SUBST. TELMO PASSARELI. Sessão do dia 15/04/2021. Disponibilizada no DOC do dia 01/06/2021.

Também não se verifica na referida Lei a impossibilidade de sejam distintos os preços praticados, para um mesmo produto, pelas ME e EPP e as empresas que concorrem às cotas destinadas à ampla concorrência, desde que não ultrapassem o valor de referência definido pela administração.

O Acórdão 1.819/2018 – Plenário TCU trata da (a) observância das exceções ao tratamento diferenciado previstas no art. 49, LC 123/2006, e (b) da limitação da cota de 25%, prevista no art. 48, inc. III, LC 123/2006, ao montante de R\$80.000,00 no art. 48, inc. I, LC 123/2006, situações absolutamente diversas das irregularidades constatadas nos autos.

Portanto, em atenção aos elementos acima transcritos e precedentes desta Corte de Contas, em consonância com os posicionamentos da Unidade Técnica e do Parquet de Contas, compreendo não assistir razão aos Recorrentes, não merecendo reparos o acórdão recorrido, uma vez que o item 8.11.1.4 do instrumento convocatório se encontra em desconformidade às disposições da Lei Complementar n.º 123/2006.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nego provimento ao presente Recurso Ordinário, uma vez que os Recorrentes não apresentaram fundamentos capazes de desconstituir a irregularidade relativa à inobservância do tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte, estabelecido no art. 48, I e III, da Lei Complementar n.º 123/06, examinada no âmbito da Denúncia n.º 1.048.053.

Intimem-se as partes desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, I, do Regimento Interno desta Corte.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

É como voto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

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

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 18/5/2022**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto pelo Senhor Antônio Divino de Souza, prefeito do Município de Matozinhos à época, e pela Senhora Andréa Mara da Cruz Almeida, pregoeira do referido município, em face da decisão prolatada pela Primeira Câmara em 18/08/20 nos autos

do Processo nº 1.048.053, ocasião em que foi julgada procedente a denúncia e aplicadas multas no valor de R\$500,00 (quinhentos reais) para o prefeito e R\$1.000,00 (mil reais) para a pregoeira.

Na sessão do Tribunal Pleno ocorrida no dia 06/04/22, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, apresentou seu voto, no qual, em sede de admissibilidade, conheceu do recurso, sendo acompanhado pelos demais membros do colegiado. No mérito, negou provimento ao recurso ordinário nos seguintes termos:

Por todo o exposto, nego provimento ao presente Recurso Ordinário, uma vez que os Recorrentes não apresentaram fundamentos capazes de desconstituir a irregularidade relativa à inobservância do tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte, estabelecido no art. 48, I e III, da Lei Complementar nº 123/06, examinada no âmbito da Denúncia nº 1.048.053.

Na sequência, pedi vista do processo para melhor avaliá-lo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, em 18/08/20 a Primeira Câmara julgou procedente a Denúncia nº 1.048.053 em virtude da existência de irregularidades no Pregão Presencial nº 66/18, o qual fora promovido pela Prefeitura Municipal de Matozinhos visando ao registro de preços para aquisição de gêneros alimentícios não perecíveis. Na ocasião, restou constatada no subitem 8.11.1.4 do instrumento convocatório a inobservância aos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 (LC nº 123/06), além do descumprimento do prazo estabelecido no edital para a resposta ao pedido de esclarecimento, razão pela qual foram aplicadas multas no valor total de R\$500,00 (quinhentos reais) ao Senhor Antônio Divino de Souza, prefeito do Município de Matozinhos à época, e de R\$1.000,00 (mil reais) à Senhora Andréa Mara da Cruz Almeida, pregoeira municipal.

Por sua vez, o relator deste recurso ordinário negou-lhe provimento, mantendo incólume a decisão proferida pela Primeira Câmara nos autos da Denúncia nº 1.048.053, por entender que os recorrentes não apresentaram fundamentos capazes de desconstituir as irregularidades verificadas naquele processo.

Embora compartilhe do entendimento do relator quanto à existência das mencionadas irregularidades, deixo de acompanhar seu entendimento no que tange à responsabilização do prefeito pela inobservância, na previsão do subitem 8.11.1.4 do edital, do tratamento diferenciado a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme passo a explicitar.

Inicialmente, observa-se que a decisão proferida nos autos principais aderiu à manifestação conclusiva do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC), no sentido de que o prefeito, ao homologar o certame, atestou a validade do procedimento, atraindo para si a responsabilidade pelos atos nele praticados.

Não se desconhece que era praxe no TCU e neste Tribunal de Contas, em tempos passados, imputar a responsabilização à autoridade que homologou o processo licitatório a despeito de suas irregularidades, sem que fossem consideradas as circunstâncias motivadoras do ato de homologação praticado pelo gestor. Entretanto, já há alguns anos, a jurisprudência tem evoluído, sendo que os precedentes mais recentes deste Tribunal e do TCU ponderam que a responsabilidade do agente deve ser analisada no caso concreto, considerando a sua efetiva participação na formação do ato irregular, nas atribuições de seu cargo e, no caso do gestor, na possibilidade real de percepção da existência da irregularidade.

Nesse sentido, entende-se que o agente não pode ser responsabilizado apenas em razão de ocupar determinado cargo ou função na Administração Pública. Há que se fazer um juízo de ponderação e razoabilidade, uma vez que não é razoável supor que o gestor municipal tenha condições de conhecer e controlar todos os atos praticados por seus subordinados. Em razão disso, deve-se avaliar se, no caso concreto, a situação fática posta à vista do gestor lhe revelava algum indício de anormalidade que afastasse a presunção de legalidade do ato praticado, exigindo-lhe o exercício de seu dever-poder de fiscalização.

Citam-se precedentes do TCU nesse sentido:

14. Embora a autoridade revestida do poder de homologar tenha a obrigação de rever e corroborar os atos do procedimento licitatório, tal controle, por razões de praticidade, não ocorre em nível minucioso que permita ao gestor saber detalhadamente todas as ocorrências de um procedimento complexo, como é o caso da licitação na modalidade concorrência.

15. Para ter-se convicção da responsabilidade da Reitora, haveria a necessidade da afirmação peremptória de que ela agiu de má-fé, teve consciência da suposta ilicitude, e ser razoável exigir-lhe conduta diversa da que adotou, ou seja, a homologação do certame. Entretanto, inexistem nos autos elementos suficientes para concluir-se pela ocorrência dessas condições que levariam à sua responsabilização.

(TCU. Acórdão nº 1401/2014-Segunda Câmara. Relator: Min. José Jorge.)

15. É certo que a homologação de processo licitatório pode ser tida como um “ato de fiscalização”, como entende a jurisprudência desta Corte colacionada pela Serur. Há que se discutir, no entanto, qual o exato escopo dessa “fiscalização”. Não me parece razoável exigir-se que as checagens que precedem a homologação de um certame abarquem todos os dados contidos no processo licitatório, incluída a verificação individual de todos os documentos que comprovem a pesquisa de preços realizada para cada item lançado no Mapa de Pesquisa de Mercado e a análise individualizada de cada intenção de recurso rejeitada pelos pregoeiros. Mais razoável é admitir que a fiscalização inerente à homologação deve se ater à verificação do cumprimento das macroetapas que compõem o procedimento licitatório, de fatos isolados materialmente relevantes e de questões denunciadas como irregulares que tenham chegado ao conhecimento daquela autoridade.

16. Exigir que a autoridade responsável pela homologação tenha conhecimento pleno de tudo quanto consta do processo licitatório é fazer letra morta do princípio da eficiência, introduzido no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/1998.

(TCU. Acórdão nº 3178/2016 – Plenário. Relatora: Min. Ana Arraes)

6. Como se pode perceber, trata-se de irregularidades relacionadas a aspectos técnicos específicos dos procedimentos licitatórios conduzidos pela Ceagesp, as duas últimas inclusive atinentes à atuação do pregoeiro, não sendo razoável, a meu ver, esperar que o dirigente máximo da entidade tivesse condições de acompanhar procedimentos ligados à solicitação e utilização de orçamentos, ou de detectar a existência de empresas com sócios em comum, mesmo em licitações de materialidade expressiva, sob pena de eventualmente não conseguir desempenhar de modo satisfatório as múltiplas e complexas tarefas inerentes ao cargo.

7. Não me parece estar comprovada, ademais, qualquer falha de supervisão por parte do Diretor-Presidente. Na verdade, as licitações estavam sendo conduzidas e acompanhadas pela diretoria competente, à qual cabia a detecção e a comunicação de eventuais irregularidades. Não o tendo feito, seria de excessivo rigor exigir desse responsável conduta diversa da que teve.

(Acórdão 2585/2021-Plenário. Relator: Min. Jorge Oliveira)

e) Não estaria nos autos qualquer comprovação de dolo ou erro grosseiro, que seria 'aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência e imperícia'. Nesse contexto, a ausência de erro grosseiro tornaria incabível a responsabilização do recorrente, nos termos do art. 12 do Decreto 9.830/2019, tendo, inclusive, este Tribunal afastado a responsabilidade de autoridade que homologa processo licitatório, em razão da impossibilidade prática de analisar todos os pormenores do procedimento (Acórdão 1404/2014-TCU-Segunda Câmara).

(TCU. Acórdão 543/2022-Plenário. Relator: Min. Bruno Dantas)

O entendimento exposto nos excertos acima também foi manifestado em diversos precedentes desta Corte. Citam-se, a título de exemplo, o Recurso Ordinário nº 862.533 de minha relatoria, julgado pelo Tribunal Pleno em 12/03/14; o Recurso Ordinário nº 1.015.300 de relatoria do conselheiro Durval Ângelo, julgado pelo Tribunal Pleno em 11/11/20; a Denúncia nº 1.066.512 de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, julgada pela Segunda Câmara em 02/09/21; e a Auditoria nº 1.024.558 de relatoria do conselheiro-substituto Adonias Monteiro, julgada pela Primeira Câmara em 14/12/21.

Os supracitados julgados demonstram que as razões que orientaram a decisão recorrida e, conseqüentemente o voto do relator deste recurso – de que a autoridade, ao homologar a licitação, atesta a regularidade de todo o procedimento em seus mínimos detalhes, tornando-se automaticamente responsável por qualquer falha havida no certame – vêm sendo superadas desde 2014, considerando os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva e a realidade da Administração Pública. Nesse sentido, é premente a necessidade de que a responsabilização do agente considere as peculiaridades do caso concreto, de maneira a constatar se o gestor, ao praticar o ato de homologação, o fez de forma temerária, agindo com culpa grave ou dolo.

Isso posto, voltando-se ao caso objeto dos presentes autos, constata-se que o relator nega provimento ao recurso ordinário, mantendo a multa aplicada ao prefeito no valor de R\$500,00 pela inobservância, na previsão do subitem 8.11.1.4 edital do Pregão Presencial nº 66/18, do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Contudo, vê-se que a irregularidade em questão consiste em cláusula irregular contida no ato convocatório do Pregão Presencial nº 66/18, documento do qual o prefeito não participou da edição, tendo sido firmado apenas pela pregoeira municipal, Senhora Andréa Mara da Cruz Almeida, esta sim responsabilizada acertadamente pela falha.

Desse modo, na esteira da jurisprudência relacionada no início deste voto, deve-se concluir que não seria razoável esperar que o prefeito, autoridade máxima do município, antes de praticar o ato de homologação, se dedicasse à análise minuciosa de cada cláusula do edital, comparando as disposições nelas constantes a todas as normas de direito público, bem como à vasta jurisprudência que há sobre a matéria, até finalmente apor sua assinatura no documento, homologando o procedimento licitatório.

Ainda que o mandatário possuísse amplo conhecimento jurídico sobre as normas regentes das licitações e contratações públicas, em seus pormenores mais específicos, como os que estão sendo tratados neste processo, o gestor, a quem compete a tomada das decisões mais importantes do ente federado, teria de dispor de todo o tempo de seu mandato para a execução de tal tarefa, deixando de exercer suas funções típicas para se dedicar ao trabalho burocrático.

Esse raciocínio não se aplica somente ao prefeito, mas a qualquer autoridade que exerça a função de examinar o certame para fins de homologação, uma vez que, neste ato, não lhe será exigível passar a limpo cada linha escrita nos autos do procedimento, pois conforme consignou o TCU no supramencionado Acórdão nº 3178/2016 o “mais razoável é admitir que a fiscalização inerente à homologação deve se ater à verificação do cumprimento das macro

etapas que compõem o procedimento licitatório, de fatos isolados materialmente relevantes e de questões denunciadas como irregulares que tenham chegado ao conhecimento daquela autoridade.”

O objetivo da fixação desse entendimento não é afirmar a total ausência de responsabilidade pela prática do ato de homologação, porém apenas delimitar qual a conduta esperada do agente que o pratica, considerando o que é razoável e possível dele exigir, tendo em vista a realidade da Administração Pública. Exigir poderes sobre-humanos do agente sob fiscalização do controle externo pode parecer, à primeira vista, um ato exemplar de rigor do órgão controlador, embora na prática produzirá um desestímulo ao gestor público, pois sua conduta, independente dos esforços dispendidos, sempre estará aquém do padrão ideal estabelecido.

Portanto, se a autoridade, ao examinar o procedimento licitatório perceber o cumprimento de todas as fases obrigatórias, a existência de parecer jurídico favorável à contratação e a ausência de questionamentos capazes de elidir a presunção relativa de regularidade dos atos praticados pelos agentes subordinados na condução do certame, não será razoável imputar-lhe a responsabilidade sobre alguma falha de ordem técnica posteriormente identificada, que tenha passado despercebida quando o ato de homologação foi exarado.

Esta é, exatamente, a situação dos autos, uma vez que no caso em análise inexistia qualquer indício de que o ex-prefeito, ao homologar a licitação (fl. 762 da peça nº 18), violou o dever de cuidado a ele imposto ou que o fez com má-fé. Ao praticar o ato de homologação, os elementos que subsidiaram a análise do gestor indicavam a regularidade do procedimento, o que só poderia ser elidido por meio de um exame muito mais acurado do que aquele que lhe competia realizar.

Portanto, **considero que não estão presentes os elementos necessários para a responsabilização do prefeito que homologou a licitação**, devendo ser afastada a multa a ele imposta.

Outrossim, ainda que o entendimento fosse no sentido de que a homologação atrairia a responsabilidade do prefeito para a formação da irregularidade em comento, **constatei a existência de nulidade absoluta do acórdão, na parte que imputou multa ao referido gestor, uma vez que não houve, neste caso concreto, indicação da conduta irregular do agente a ensejar a sua citação no processo principal.**

Isso porque, compulsando os autos da Denúncia nº 1.048.053, notei que a manifestação inicial da Unidade Técnica, constante às fls. 718/722v da peça nº 18, não apontou o prefeito como responsável pelas irregularidades verificadas no procedimento licitatório, mas sim a pregoeira municipal, limitando-se a indicá-lo como autoridade competente para o recebimento da recomendação sugerida. Vejamos:

2.1 Apontamento: Aplicação irregular da cota de até 25% reservada para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, prevista no art.48, inciso III, da Lei Complementar n. 123/06.

[...] **2.1.9 Responsáveis:**

Nome completo: ANDREA MARA DA CRUZ ALMEIDA

Qualificação: Pregoeira

Conduta: Realizar licitação sem a devida previsão de cotas de até 25% do objeto divisível para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em itens de valor estimado acima de R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

[...] **Descrição da medida:** Recomenda-se que em futuros editais de licitação do município observe-se o tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte nos seguintes termos:

Aplica-se a cota de até 25% para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, prevista art. 48, inciso III, da Lei Complementar n. 123/2006, quando o objeto da licitação for divisível e para itens cuja estimativa de valor seja acima de R\$ 80.000,00(oitenta mil reais). Nesse caso considera-se criação de dois lotes, um destinado a ampla concorrência e um reservado para disputa entre microempresas e empresas de pequeno porte.

Responsável(is) pela adoção da medida: Prefeito

[...]

2.2 Apontamento: Ofensa aos princípios da isonomia, legalidade, publicidade e da vinculação ao edital decorrente de conduta da Pregoeira que deixou de responder e dar publicidade à resposta de pedido de esclarecimentos formulado.

[...] **2.2.9 Responsáveis:**

Nome completo: **ANDREA MARA DA CRUZ ALMEIDA**

Qualificação: Pregoeira

Conduta: Deixar de responder pedido de esclarecimento tempestivo no prazo previsto no item 3.1 do Edital.

[...]

3.1 Apontamento: Inobservância da exigência de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte em lotes de valor inferior a R\$80.000,00, prevista no art. 48, inciso I da Lei Complementar 123/06.

[...] **3.1.6 Responsáveis:**

Nome: **ANDREA MARA DA CRUZ ALMEIDA**

Qualificação: Pregoeira

Conduta: Realizar licitação sem a devida previsão de exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte em itens de valor estimado de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais)

[...] **Descrição da medida:** Recomenda-se que em futuros editais de licitação do município seja observado o tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte nos seguintes termos:

A fim de se aplicar o art. 48, inciso I, da Lei Complementar n. 123/2006 deve ser observado o valor estimado para cada item, e não a soma total de todos. Assim para cada item cujo valor for inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve haver nos editais a previsão de que serão reservados exclusivamente para participação de microempresas e empresas de pequeno porte. Excetua-se essa regra somente nos casos expressamente previstos no art. 49 da Lei Complementar n. 123/2006, devendo sua aplicação ser fundamentada na fase interna da licitação.

Responsável(is) pela adoção da medida: Prefeito (grifos nossos)

O MPC, de igual forma, não opinou pela citação do prefeito em sua manifestação inicial (724/724v da peça nº 18), apontando apenas a pregoeira como responsável pelas irregularidades constatadas, a saber:

[...] 8. Em face do exposto, **requer o Ministério Público de Contas:**

a) a **citação da Sra. Andréa Mara da Cruz Rodrigues, para, querendo, apresentar defesa em face das irregularidades apontadas no relatório técnico de fls. 718/722;**

b) após transcorrido o prazo de defesa e efetuado o reexame pela Unidade Técnica, sejam os autos remetidos novamente a este Parquet de Contas para parecer;

c) seja este Órgão Ministerial intimado de decisão que eventualmente indefira, no todo ou em parte, os requerimentos acima formulados. (grifo nosso)

Nesse cenário, considerando que as manifestações que subsidiaram a citação do gestor não apresentaram os elementos necessários à individualização da conduta supostamente irregular, resta configurada a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa com relação ao Senhor Antônio Divino de Souza, prefeito de Matozinhos à época, o que impõe a desconsideração da sua responsabilidade e, por conseguinte, a nulidade da multa a ele imputada.

Por outro lado, tal conclusão não se estende à pregoeira municipal, uma vez que, além de ter sido apontada e individualizada a sua conduta nas manifestações iniciais da Unidade Técnica e do MPC, ela comprovadamente concorreu para a formação das irregularidades, pois subscreveu o instrumento convocatório contendo a cláusula ilegal e, ainda, respondeu de forma intempestiva ao pedido de esclarecimento formulado pelo denunciante, razões estas suficientes para embasar a manutenção de sua responsabilidade.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, com a devida vênia, dirirjo do voto do relator para declarar, de ofício, a nulidade do capítulo do acórdão da Denúncia nº 1.048.053, na parte que imputou multa ao prefeito municipal à época, Senhor Antônio Divino de Souza, pelas razões expostas na fundamentação.

Acompanho o voto do relator quanto à manutenção da aplicação de multa à pregoeira municipal, Senhora Andréa Mara da Cruz Almeida, no valor total R\$1.000,00 (mil reais), sendo R\$500,00 (quinhentos reais) por cada irregularidade. Ademais, acompanho o relator no que se refere à expedição de recomendação à administração municipal, nos termos do acórdão recorrido.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Voto com o Relator porque o prefeito foi chamado ao processo, para se defender sobre as irregularidades constatadas no exame técnico, ou seja, a citação é sobre o todo e não de forma individualizada como, com o devido respeito, é defendido no voto-vista.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Vou acompanhar a divergência, senhor Presidente.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Com a divergência.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Vou pedir vênia ao Relator para também acompanhar a divergência.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente!

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Com a palavra o Conselheiro Wanderley Ávila.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Assim como o Conselheiro Hamilton nos acompanhou entendendo o nosso voto, eu mantenho o meu voto proferido, em 06/04/22, negando provimento ao presente recurso, nos exatos termos da minha fundamentação.

Em adendo, cabe ressaltar que o Senhor Antônio Divino de Souza, Prefeito em Matozinhos, a meu ver, foi regularmente integrado aos presentes autos e apresentado justificativas, que é a peça 18 do SGAP, conjuntamente com a senhora Andrea Mara da Cruz Almeida – pregoeira, o que, ao meu sentir, demonstra que não houve nenhum prejuízo ou até mesmo dúvida ou qualquer questionamento por parte do responsável quanto ao exercício do seu contraditório e da ampla defesa, tendo a instrução do processo ocorrida de forma regular.

É só esse esclarecimento.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADO O VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO, VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO E O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO A SUBPROCURADORA-GERAL CRISTINA ANDRADE MELO.)

