

Processo: 1120161
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Sandra Lázara Ferreira Costa
Processo referente: Representação n. 1084455
Órgão: Prefeitura Municipal de Luz
Procuradores: Thiago Oliveira Vinhal, OAB/MG 117.564; Igor Oliveira Chaves, OAB/MG 203.123; Maria José Guerra Ferreira, OAB/MG 184.591 e Breno Vasconcelos de Azevedo, OAB/MG 168.128, Angélica Silva Solto, OAB/MG 197.199 e outros
MPTC: Elke Andrade Soares de Moura
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

TRIBUNAL PLENO – 8/3/2023

RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINARES. ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIZAÇÃO DO PREGOEIRO, SUBSCRITOR DO EDITAL. POSSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. NÃO ACOLHIDA. NEGADO PROVIMENTO. MULTA MANTIDA.

1. Presentes os pressupostos que legitimam a presença da parte no polo passivo da ação de controle, desacolhe-se arguição de ilegitimidade.
2. Conquanto a legislação que rege a matéria não atribua explicitamente ao pregoeiro a competência de confeccionar o edital, tal conduta, consoante jurisprudência consagrada, não enseja vício de competência e, nessa hipótese, o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo.
3. Confirmada a legitimidade passiva da pregoeira e não havendo sido suscitados novos elementos de convicção acerca do mérito das irregularidades que motivaram a imposição da multa, nega-se provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) conhecer, preliminarmente, do Recurso Ordinário, interposto a tempo e modo;
- II) não acolher, ainda em preliminar, a arguição de ilegitimidade passiva da então pregoeira e subscritora do edital Sandra Lázara Ferreira Costa, nos termos e limites da fundamentação desta decisão;
- III) negar provimento, no mérito, ao recurso, visto que as razões recursais são insuficientes para modificar o acórdão proferido por este Tribunal nos autos da Representação n. 1084455, na sessão da Segunda Câmara do dia 23/6/22;

IV) determinar, uma vez concluídas as medidas pertinentes, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Wanderley Ávila, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Muri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Agostinho Patrus.

Presente à sessão o Procurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 8 de março de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado digitalmente)



TRIBUNAL PLENO – 8/3/2023

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto por Sandra Lazara Ferreira Costa contra decisão exarada por esta Corte de Contas nos autos da Representação n.º 1.084.455, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, em sessão da Segunda Câmara de 23/6/22.

Na referida sessão, por unanimidade, foi julgada parcialmente procedente a representação, considerando-se irregular a exigência de critério único de julgamento da proposta vencedora do certame – menor taxa de administração, prevista no subitem 7.1 e seguintes do edital do Pregão Presencial n.º 30/2017, da Prefeitura Municipal de Luz, que teve como objeto a contratação de serviços de gerenciamento de frota de veículos, com aplicação de multa individual aos subscritores do ato convocatório, entre os quais a recorrente.

A recorrente apresentou suas razões recursais (peça 01 do SGAP) e arguiu sua ilegitimidade passiva. Na hipótese de rejeição da preliminar, pretendeu a reforma da decisão em tela, com a consequente anulação da penalidade aplicada ou a redução do valor da multa.

A unidade técnica (peça 07 do SGAP) e o Ministério Público junto ao Tribunal (peça 09 do SGAP) opinaram pelo desacolhimento da preliminar e pela improcedência do recurso interposto, com a manutenção da decisão recorrida.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminares

1.1. Admissibilidade

O órgão técnico (peça 07) apontou inconsistência relativa à competência da Procuradoria Municipal para oferecer defesa em nome da recorrente, servidora municipal, e a necessidade de intimação para regularização da representação, tendo em vista não haver sido juntado o instrumento de procuração.

Na Consulta n.º 833.220, da relatoria do Conselheiro José Alves Viana, concluiu-se pela possibilidade de a advocacia pública atuar na defesa de servidores para os atos relacionados com o desempenho da função, desde que não haja conflito de interesses com o próprio ente federativo. Considerando que a recorrente está respondendo perante este Tribunal pela sua conduta como pregoeira no Pregão Presencial n.º 30/2017, e que foi condenada ao pagamento de multa pessoal, pertinente a sua representação pela Procuradoria Jurídica do Município de Luz.

A princípio, os advogados públicos estão dispensados de apresentar procuração, porque seus poderes decorreriam do ato de sua nomeação. *In casu*, observei que os procuradores que subscrevem a petição inicial deste recurso também atuaram no processo de origem, havendo juntado a devida procuração (peça 31 da Representação n.º 1.084.455). Assim, impõe-se o recebimento deste Recurso Ordinário, em respeito aos princípios da verdade material e do formalismo moderado.

Compulsando os autos, verifiquei que o recurso é tempestivo e as partes legítimas, conforme arts. 334 e 335 do Regimento Interno.

Conheço, portanto, do presente recurso ordinário.

1.2. Ilegitimidade passiva

A recorrente arguiu a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da Representação n.º 1.084.455, ponderando que não haveria nexo causal entre a sua conduta e a impropriedade detectada no edital, não se verificando, portanto, o preenchimento dos requisitos pertinentes à aplicação da multa, que seria indevida.

Alegou que, na sua função de pregoeira, teria agido dentro dos parâmetros estabelecidos nos pareceres jurídicos que autorizaram a quarterização, sem dolo de incorrer em qualquer irregularidade ou ofensa ao patrimônio público. Sustentou que os referidos pareceres seriam obrigatórios e vinculantes, cabendo a responsabilização dos seus autores, não extensível à recorrente, a quem competiria seguir as orientações fornecidas.

Além disso, sustentando o disposto no art. 40, § 1º da Lei n.º 8.666/93, apontou como responsáveis as autoridades competentes, quais sejam, o Secretário Municipal de Obras Públicas e Transporte Roberto Luiz Basílio Pereira e o Prefeito Ailton Duarte.

O órgão técnico (peça 07 do SGAP) apurou que, na manifestação da recorrente, não constariam argumentos novos em relação àqueles apresentados na defesa do Processo n.º 1.084.455 capazes de ensejar a modificação da decisão recorrida no que concerne à sua legitimidade passiva.

Ressaltou que a pregoeira, ao subscrever o edital, responde pelo seu conteúdo, salvo prova em contrário, a ser aferida quando da análise do mérito.

Inicialmente, friso que não procede a alegação da recorrente de que a responsabilidade pela irregularidade que culminou na aplicação de multa, referente ao critério único de julgamento das propostas, seria atribuível unicamente aos procuradores que elaboraram os pareceres jurídicos constantes do procedimento licitatório, pois supostamente obrigatórios e vinculantes.

Importante não olvidar que pareceres consistem, por via de regra, em opiniões técnicas. O parecer não vincula o ato administrativo a ser praticado e não perde sua autonomia de ato meramente opinativo. Assim, caberá ao administrador decidir sobre a legalidade ou conveniência e oportunidade de determinada medida, adotando ou não as razões da manifestação técnico-jurídico.

Sobre o tema, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“Refletindo um juízo de valor, uma opinião pessoal do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdos antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 25ª Ed., 2012, p. 137)

Portanto, averiguando-se que o parecer se encontra legalmente embasado, alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, com base em interpretação razoável da lei, não há como responsabilizar o advogado.

Ainda em eventual hipótese de responsabilização de parecerista por dolo ou erro grosseiro, não estaria necessariamente afastada a implicação do signatário do edital.

Por outro lado, conquanto a legislação que rege a matéria não atribua ao pregoeiro a competência de confeccionar o edital, consoante jurisprudência desta Corte de Contas e do Tribunal de Contas da União, não há vício de competência e, nesse caso, o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo.

Nesse sentido, transcrevo excerto do acórdão proferido na Denúncia n.º 875.923, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão:

“A redação de editais não é, a princípio, uma obrigação conferida aos pregoeiros, haja vista o silêncio da Lei n.º 10.520/02. Entretanto, a assinatura do ato convocatório implica a assunção de responsabilidade do signatário pelas cláusulas nele incluídas, ainda que não as tenha redigido.

Ademais, segundo entendimento desta Corte (Consulta n.º 862.137, respondida na Sessão Plenária do dia 11/12/13), cada unidade administrativa deve gerir, no âmbito de sua autonomia organizacional, a titularidade e competência para elaboração de editais de pregão, não havendo, pois, vedação legal para que os pregoeiros o façam.”

Isso posto, em face da possibilidade de responsabilização da então pregoeira e subscritora do edital pela irregularidade detectada no ato convocatório, desacolho a arguição de ilegitimidade passiva.

2. Mérito

Insurgiu-se a recorrente contra a multa que lhe foi aplicada na decisão recorrida, sustentando que não teriam sido atendidos os pressupostos previstos no art. 85, inciso II da Lei Orgânica desta Corte de Contas.

Aduziu que os atos praticados na condição de pregoeira estariam vinculados ao edital, que teria sido elaborado pela Procuradoria Jurídica do Município de Luz, gerando para a recorrente a presunção de que teriam sido preenchidos os requisitos legais pertinentes. Portanto, a sua conduta não estaria eivada de dolo, requisito essencial à caracterização de improbidade administrativa, nos termos da nova lei de regência.

Afirmou, também, que não teria agido com culpa, cumprindo corretamente as atribuições que lhe foram conferidas, sendo a multa indevida e se impondo a sua cassação.

Por fim, alegou a recorrente que a penalidade imposta, de R\$1.000,00, seria incompatível com a renda auferida no cargo atualmente exercido de auxiliar administrativo da Prefeitura Municipal de Luz, qual seja, R\$2.060,85 (valor bruto) e R\$1.893,11 (valor líquido), em ofensa ao princípio da proporcionalidade. Assim, na hipótese de não anulação da multa, requereu a sua redução, de forma a atender a “justa medida para a gradação das punições”.

No estudo à peça 07 do SGAP, a unidade técnica verificou que os argumentos da recorrente contestaram tão somente à sua responsabilização pela inconsistência indicada, sem adentrar o mérito da ocorrência que motivou a pena e sem apresentar qualquer fato ou prova aptos a afastar os fundamentos do acórdão. Assinalou que o edital do Pregão Presencial n.º 30/2017 foi subscrito pela recorrente, que, em princípio, responderia pelo seu conteúdo, embasando os seus argumentos no arrazoado inserto na própria decisão recorrida.

Ressaltando que a multa aplicada não seria proveniente de ato de improbidade administrativa, tipificado em lei específica, mas sim de grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial prevista no art. 85, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal, o órgão técnico concluiu que as razões de recurso não seriam suficientes para ensejar a modificação do acórdão combatido.

O *Parquet* (peça 09 do SGAP) ratificou a análise técnica, justificando a responsabilização dos subscritores do edital no fato de que o vício apontado decorreria de infringência legal. Destacou também o caráter “pedagógico-preventivo” das penalidades impostas por esta Corte de Contas, que iria além da função punitiva decorrente do poder fiscalizatório “visando a reorientação do que está em curso, sobretudo para obter-se o aperfeiçoamento dos atos, dentro da concepção de um exercício mais efetivo do controle externo”.

No acórdão recorrido (peça 44 do SGAP, Representação n.º 1.084.455) constatou-se a existência de irregularidade no edital relativa à adoção de critério único de julgamento (menor taxa de administração), considerado insuficiente à obtenção da melhor proposta nas contratações cujo objeto englobe a quarterização de serviços, com possível prejuízo à competitividade e à vantajosidade do certame. Foi atribuída responsabilidade aos signatários do ato convocatório, entre os quais a recorrente, e imposta multa individual de R\$1.000,00.

Com efeito, para a obtenção da melhor proposta e para assegurar a economicidade do modelo de contratação adotado, não basta a utilização do critério “menor taxa de administração” sendo necessária a extensão da disputa aos preços das peças e serviços.

Nesse sentido, a Advocacia Geral da União, no Parecer n.º 02/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, disponível no site <www.agu.gov.br>, no qual discorre-se sobre a contratação do serviço de gerenciamento de frota de veículos, assentou:

“Esclarecido isso, deve-se fixar a seguinte premissa numa eventual contratação de gerenciamento de frota: conforme já esclarecido, existem dois serviços sendo licitados (o gerenciamento e os serviços efetivamente prestados), por isso deve haver pressupostos de competitividade em ambos. Afasta-se, desde já, a possibilidade de se licitar com base apenas no menor percentual de taxa de administração, pois aqui se estaria escolhendo apenas a melhor proposta no bojo do contrato. À mesma conclusão chegaram Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti e o próprio TCU, quando analisou o modelo.

Assim, deve haver competitividade não só em torno da taxa de administração cobrada pelo gerenciamento, mas também sobre os demais serviços a serem prestados, de modo a se conseguir a proposta mais vantajosa em sua completude, em relação a todo o objeto contratual, que, como já esclarecido, não é só o gerenciamento da frota.”

Não é outra a inteligência estabelecida na Denúncia n.º 1.031.300, de relatoria do Conselheiro Substituto Victor Meyer:

“Resta claro que o critério de julgamento com base exclusivamente no percentual da taxa de administração não é suficiente para que a administração dimensione a despesa que terá que arcar com a manutenção de sua frota de veículos sem que disponha da estimativa dos preços unitários sobre os quais a referida taxa irá eventualmente incidir.

É perfeitamente possível estimar o consumo com a manutenção de veículos porque estes exigem trocas periódicas de determinadas peças e componentes, tais como pastilhas de freio, filtros, lubrificantes e pneus, entre outros. Essas substituições observam tempo de uso ou quilometragem conforme especificações dos fabricantes, que se encontram descritas nos respectivos manuais dos veículos. As manutenções preventivas contemplam trocas programadas de peças e componentes, permitindo à administração estimar o consumo de cada um de seus veículos e máquinas.

Além disso, a administração também dispõe dos registros das despesas com manutenção corretiva de seus veículos nos exercícios anteriores, o que lhe permite compor planilha de quantitativos e estimar a despesa com razoável grau de acerto.

A ausência do quantitativo estimado da contratação impossibilita que os interessados avaliem, com a precisão necessária, os custos envolvidos na execução do contrato, o que pode obstar a formulação de proposta economicamente viável, conforme entendimento firmado por este colegiado na denúncia 951.250, de relatoria do conselheiro Wanderley Ávila.”

No recurso em análise, requereu-se a cassação da multa ao fundamento de que a conduta da recorrente estaria respaldada em pareceres jurídicos e que ela não teria incorrido em dolo ou culpa, por acreditar agir conforme as balizas legais.

Portanto, conforme bem assinalado pelo órgão técnico, não se questionou o mérito da impropriedade apontada no acórdão combatido, mas tão somente a responsabilização da recorrente.

Conforme assinalado no tópico anterior, acorde com jurisprudência consolidada, a pregoeira, ao subscrever o edital, assume a responsabilidade pelo seu conteúdo, a qual pode ser desconstituída mediante prova em contrário. No entanto, a peça recursal em tela não se fez acompanhar de documentos comprobatórios dos fatos alegados.

In casu, conforme também observado pelo órgão técnico, a multa aplicada à recorrente decorreu de grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial prevista no art. 85, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal, não se tratando de ato de improbidade administrativa descrito na Lei n.º 14.230/2021.

Na decisão combatida (peça 44 do SGAP, Representação n.º 1.084.455), a análise de eventual dolo ou culpa na conduta da recorrente atrelou-se aos ditames da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em especial ao disposto no seu art. 28, restando caracterizado erro grosseiro por inobservância de exigências previstas na legislação de regência:

“A responsabilização dos referidos agentes, no entanto, 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 culposo (erro) seja ‘grosseiro’.

No âmbito federal, foi editado o Decreto n.º 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, ‘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.

No caso em análise, verifica-se que o vício constante do ato convocatório em comento decorreria da inobservância de mandamentos legais expressos e que deveriam ser do conhecimento dos agentes responsáveis pela elaboração de editais de licitação no âmbito da municipalidade, o que evidencia, pois, a falta de cautela, inerente à culpa grave, dos subscritores do ato convocatório.

Registre-se que ‘o mínimo que se espera de um agente público que subscreve um edital, assumindo para si a responsabilidade pelas disposições nele contidas, é uma atuação cuidadosa com relação a exigências que possam comprometer a isonomia entre os participantes e, consequentemente, prejudicar a competitividade do certame’.

Os responsáveis, ainda que não tenham agido com dolo, não se ativeram às exigências previstas na legislação de regência, adotando critério de julgamento baseado apenas no percentual da taxa de administração, sem que houvesse previsão no edital acerca do valor de desconto sobre os serviços ou obediência à tabela oficial do preço das peças e o valor hora/homem, o que permite o superfaturamento dos preços e o consequente aumento dos valores percebidos pela empresa gerenciadora. Tal incorreção, no contexto dos autos, configura, a meu ver, erro grosseiro, autorizando a responsabilização dos agentes, nos termos do art. 28 da LINDB.”

O exercício de cargo público pressupõe o conhecimento das obrigações a ele inerentes, especialmente quanto às tomadas de decisões envolvidas. Ao assinar o edital do Pregão Presencial n.º 30/2017, a pregoeira assumiu a responsabilidade pelas cláusulas e condições nele contidas, impondo-se conduta compatível com a obrigação contraída. A própria alegação de que “acreditava” que o documento teria sido redigido conforme os parâmetros legais demonstra omissão por parte da recorrente quanto às cautelas necessárias à prática do ato administrativo questionado (elaboração de instrumento convocatório), justificando-se a cominação de multa pessoal ante o descumprimento de norma legal, com a configuração de impropriedade capaz de ensejar prejuízo à competitividade e à vantajosidade do certame.

Quanto à dosimetria da multa, tem-se valor aplicado adequado e ajustado à irregularidade cometida, em harmonia com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e com a jurisprudência desta Corte de Contas.

Mantenho, portanto, *in totum*, os termos do acórdão recorrido, por seus próprios fundamentos.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, em preliminar, conheço do recurso, interposto a tempo e modo.

Ainda em preliminar, desacolho a arguição de ilegitimidade passiva da então Pregoeira e subscritora do edital Sandra Lazara Ferreira Costa, nos termos e limites da fundamentação.

No mérito, nego provimento ao recurso, visto que as razões recursais são insuficientes para modificar o acórdão proferido por este Tribunal nos autos da Representação n.º 1.084.455, na sessão da Segunda Câmara de 23/6/22.

Concluídas as medidas pertinentes, arquivem-se os autos.

* * * * *

kl/

