

Processo: 1088851
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Montes Claros
Responsável: Glennda Santos Cardoso
Procuradores: Tiago dos Reis Magoga, OAB/SP 283.834; Renato Lopes, OAB/SP 406.595-B; Alexandre Machado Bueno, OAB/SP 431.140; Antônio Cordeiro de Faria Júnior, OAB/MG 138.496; Otávio Batista Rocha Machado, OAB/MG 89.836
MPTC: Procuradora Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

SEGUNDA CÂMARA – 23/5/2023

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. ADMINISTRAÇÃO, FORNECIMENTO, GERENCIAMENTO, CONTROLE E AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. AUSÊNCIA DE REABERTURA DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS. INOBSERVÂNCIA DO CONTIDO EXPRESSAMENTE EM DISPOSITIVO LEGAL. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Nos termos do disposto expressamente no § 4º do art. 21 da Lei Federal n. 8.666/1993, ressalvando-se quando não houver impacto na formulação das propostas, qualquer alteração no instrumento convocatório deve ser publicada, nos mesmos moldes utilizados para o texto original, com o objetivo de se alcançar todos os potenciais interessados em participar do certame, diante das novas condições, resguardando-lhes a possibilidade de se arrolar a documentação exigida no procedimento licitatório.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidades da Denúncia;
- II) aplicar multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) à Sra. Glennda Santos Cardoso, pregoeira e subscritora do edital, com fundamento no art. 85, II, da Lei Complementar estadual n. 102/2008 e no art. 318, II, do Regimento Interno deste Tribunal, em razão da irregularidade decorrente da falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido, no ato de republicação do instrumento convocatório, violando-se o disposto no art. 21, § 4º, da Lei Federal 8.666/1993;
- III) recomendar que, nas futuras licitações, sempre que houver retificações nos editais, devem ser devolvidos os prazos inicialmente estabelecidos, a fim de proporcionar a devida competitividade ao certame, nos termos do comando legal insculpido no art. 21, § 4º, da Lei Federal n. 8.666/1993;

- IV) determinar a intimação da denunciante e da denunciada por meio do Diário Oficial de Contas - DOC e por via postal, e do Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental;
- V) determinar, após o trânsito em julgado desta decisão, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal, após a adoção dos procedimentos cabíveis.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 23 de maio de 2023.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

MAURI TORRES
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 23/5/2023

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia, com pedido liminar, apresentada por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., em face do Processo Licitatório n. 055/2020, Pregão Eletrônico n. 019/2020, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Montes Claros, cujo objeto consiste na contratação de “sociedade empresária ou unipessoal especializada para administrar o fornecimento, gerenciamento, controle e aquisição de combustível tipo gasolina comum, óleo diesel comum, óleo S10 e etanol para abastecimento, mediante utilização de cartão de crédito eletrônico, dos veículos e equipamentos que compõem a frota do Município de Montes Claros-MG” (peça 1 do SGAP).

Aduz a Denunciante na peça vestibular, em apertada síntese, a existência das seguintes irregularidades: limitação ao maior desconto oferecido pelas licitantes; cobrança abusiva de multa; ausência de cláusula de atualização do pagamento; ausência do valor estimado.

A Denúncia foi autuada em 28/04/2020 (peça 6 do SGAP) e distribuída ao Conselheiro Gilberto Diniz na data de 29/04/2020 (peça 7 do SGAP).

Assim, por determinação do então Relator, meu antecessor na relatoria deste processo, a responsável, Sra. Glenn da Santos Cardoso, pregoeira e subscritora do edital, foi intimada para que encaminhasse a este Tribunal cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame, tomasse conhecimento do inteiro teor da denúncia e apresentasse os esclarecimentos necessários à elucidação dos fatos denunciados (peça 8 do SGAP).

Após a manifestação, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação analisou a matéria e manifestou-se pela improcedência dos apontamentos de irregularidades denunciados. Entretanto, propôs a citação em decorrência de indício de irregularidade apurado, qual seja, inobservância dos termos do § 4º do art. 21 da Lei de Licitações (falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido), peça 15 do SGAP.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal que emitiu a sua manifestação, requerendo a citação dos responsáveis (peça 18 do SGAP).

Após ser devidamente citada, a responsável encaminhou a documentação constante às peças 28 a 30 do SGAP.

Na sequência, após ser confirmada a assinatura do contrato decorrente do Processo Licitatório n. 055/2020, Pregão Eletrônico n. 019/2020, os autos foram encaminhados à 1ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal para fins de reexame (peça 33 do SGAP).

A coordenadoria competente, após meticulosa análise da defesa apresentada, manteve a irregularidade apontada no relatório técnico (peça 15 do SGAP), a saber, a inobservância dos termos do § 4º do art. 21 da Lei Federal 8.666/1993 (peça 36 do SGAP).

Por fim, os autos foram remetidos ao *Parquet* de Contas que emitiu o seu parecer e opinou pela procedência parcial da denúncia, com a consequente aplicação de multa, em decorrência da ausência de devolução do prazo para apresentação de propostas, após a republicação do edital para fazer constar o valor estimado da contratação (peça 38 do SGAP).

Na data de 15/02/2023, em conformidade ao disciplinado no art. 115 do Regimento Interno, os autos foram redistribuídos à minha relatoria (peça 39 do SGAP).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Consoante se depreende da exordial, a Denunciante sustentou que o edital continha os seguintes vícios: a) utilização do preço médio da Agência Nacional do Petróleo (ANP) como parâmetro limitador das propostas oferecidas pelos licitantes; b) excesso na estipulação de 30% sobre o valor do contrato como multa por descumprimento de cláusula contratual; c) ausência de cláusula que estipule correção monetária para o caso de pagamento após o fornecimento do serviço; d) ausência de valor estimado.

A unidade instrutiva ao analisar minuciosamente os apontamentos de irregularidades, entendeu pela improcedência dos mesmos, em quase a sua totalidade, pelos motivos a seguir expostos.

Assim, com vistas a uma análise mais didática, passo a analisar, através de tópicos, o conteúdo dos apontamentos de irregularidades denunciados.

a) Utilização do preço médio da Agência Nacional do Petróleo (ANP) como parâmetro limitador das propostas oferecidas pelos licitantes

Inicialmente, a Denunciante alegou que o fato do valor das propostas ofertadas pelas licitantes ter como parâmetro limitador os preços médios da tabela da Agência Nacional do Petróleo viola os termos disciplinados no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que o dispositivo obriga a Administração a manter as condições iniciais da contratação. Assim, afirmou que a taxa aplicada deveria ser o valor constante da bomba no momento do abastecimento, evitando-se a ocorrência de desequilíbrio na execução contratual.

Em seu relatório técnico, a coordenadoria competente dispôs que diante das frequentes oscilações nos preços dos combustíveis, a utilização como parâmetro da tabela da Agência Nacional do Petróleo pode ter o condão de se evitar fraudes e garantir um preço mais justo para o ente licitante, evitando-se prejuízos, visto que há um levantamento dos preços praticados no mercado, mensalmente, pela citada autarquia. Nestes termos, considerou improcedente o apontamento.

b) Excesso na estipulação de 30% sobre o valor do contrato como multa por descumprimento de cláusula contratual

Na sequência, a exordial destacou que o edital apresenta irregularidade quando fixa em 30% (trinta por cento) o percentual a ser aplicado nos casos de inexecução contratual, limite que extrapola o razoável e possibilita o enriquecimento sem causa por parte da Administração.

No relatório técnico elaborado pela Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, após meticulosa análise dos fatos denunciados e da documentação referente ao processo licitatório, tem-se que a unidade instrutiva concluiu pela improcedência do apontamento de irregularidade ora guerreado, nos seguintes termos:

[...]

Sobre a multa, o edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020 dispõe:

XV – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

[...]

2 - Ficam estabelecidos os seguintes percentuais de multas, aplicáveis quando do descumprimento contratual:

[...]

II) 30% (trinta por cento) sobre o valor total da contratação, na hipótese da contratada injustificadamente desistir do contrato ou der causa a sua rescisão, bem como nos demais casos de descumprimento contratual, quando o **Município de Montes Claros, em face da menor gravidade do fato e mediante motivação da autoridade superior, poderá reduzir o percentual da multa a ser aplicada.** (destaque nosso)

[...]

XVII – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

1 – Cumprir fielmente as exigências deste Edital, de modo que o objeto seja executado de acordo com o Anexo I – Termo de Referência, sob pena de multa de 30% (trinta por cento) do valor da contratação.

O Anexo I – Termo de Referência contém disposição no mesmo sentido:

16 – DAS PENALIDADES

[...]

16.2 – Ficam estabelecidos os seguintes percentuais de multas, aplicáveis quando houver descumprimento contratual:

[...]

b) 30% (trinta por cento) sobre o valor total da contratação, na hipótese da Contratada injustificadamente desistir do contrato ou der causa a sua rescisão, bem como nos demais casos de descumprimento contratual, quando o **Município de Montes Claros, em face da menor gravidade do fato e mediante motivação da autoridade superior, poderá reduzir o percentual da multa a ser aplicada.** (destaque nosso)

As penalidades contratuais, dentre as quais inclui a multa, servem para proteger a Administração de eventuais prejuízos advindos de atraso ou de inadimplemento contratual e constituem uma forma de inculcar certo temor ao particular para que este não falte com o cumprimento do encargo imposto em decorrência do ajuste firmado com a Administração.

A lei, conforme se pode verificar dos arts. 86 e 87 da Lei de Licitações, não estabelece um percentual para a fixação da sanção pecuniária em foco. Logo, cabe ao gestor definir o percentual, observado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme orienta a jurisprudência do TCU:

9.2.3.13. em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estipule penalidades específicas e proporcionais à gravidade dos eventuais descumprimentos contratuais; (Acórdão 1453/2009 - Plenário)

1.6.10. em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei nº 8.666/1993, preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser penalizada; (Acórdão 137/2010 - Primeira Câmara)

A doutrina apregoa que a fixação de percentuais entre 5% e 30% para a multa compensatória, a depender da conduta a ser sancionada, e de 0,02% e 0,5% para a multa moratória, atendem aos princípios e gradações acima referidos. Veja-se¹ :

[...]

Como dito, a multa pode ser de natureza moratória ou compensatória. A multa moratória é aplicada em razão da mora, isto é, do atraso injustificado no cumprimento dos prazos estabelecidos para a execução e/ou entrega das obrigações contratuais. Essa multa é fixada tomando em conta o atraso no adimplemento da obrigação.

A multa compensatória tem por finalidade compensar a parte credora pelo dano que lhe é causado pela inadimplência ou infração do devedor. É fixada em função do dano presumido pelo descumprimento da avença.

De plano, salienta-se não haver critério legal estabelecendo os percentuais para a fixação, no instrumento convocatório, das multas moratória e compensatória. O percentual aplicável a cada caso deve decorrer de exame discricionário, observados os limites da razoabilidade e da prática de mercado.

Para determinar o percentual que será aplicado, a Administração deve considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a assegurar que as penalidades se destinem a sancionar o particular na justa medida dos prejuízos decorrentes de sua conduta.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo [*“in”* Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 50: resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

Em face do silêncio da Lei de Licitações na definição dos percentuais das multas, pode-se recorrer à teoria geral dos contratos para suprimir essa lacuna, na forma prevista em seu art. 54.

Nesse sentido, o Código Civil veda a fixação de multa em valor superior ao da obrigação principal (art. 412) e autoriza a redução equitativa da multa quando for desproporcional e excessiva (art. 413), sendo a observância dessas duas disciplinas aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 330677/RS.

Em termos práticos, a experiência tem conduzido à fixação de percentuais entre 5% e 30% para a multa compensatória, a depender da conduta a ser sancionada. Para a multa moratória, os percentuais mais adotados têm ficado entre 0,02% e 0,5%.

Quanto à base de cálculo, julga-se como proporcional e razoável a definição do valor total do contrato para a multa compensatória, e o valor da parcela inadimplida em atraso para a multa moratória.

[...]

Portanto, considerando tratar-se de multa compensatória, considerando a jurisprudência e doutrina sobre o tema e considerando que o edital prevê a possibilidade de que o percentual

¹ Sanções administrativas - Multa - Percentual - Fixação. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 231, p. 511, maio 2013, seção Perguntas e Respostas.

da multa seja reduzido de acordo com as peculiaridades do caso concreto, obedecido o contraditório e a ampla defesa, entende esta Unidade Técnica que não merece prosperar a irregularidade aduzida.

c) Ausência de cláusula que estipule correção monetária para o caso de pagamento após o fornecimento do serviço

Prosseguindo, a Denunciante apontou como irregularidade a ausência de previsão da incidência de atualização monetária nos casos de pagamento realizado posteriormente à data de adimplemento contratual.

A unidade técnica verificou que no instrumento convocatório não há referência à atualização monetária dos valores a serem quitados pela Administração, nos casos de pagamento realizado *a posteriori*, à data da adimplência contratual.

Não obstante, relatou que o Tribunal de Contas da União (Acórdão 474/2005 Plenário) já decidiu que, embora deva estar a correção monetária prevista no ato convocatório, independentemente desta previsão, seja no edital ou no contrato, o atraso no pagamento por parte da Administração sujeita-a a preservar o valor do crédito de sua obrigação, acrescido da correção monetária.

Assim, considerou improcedente o apontamento de irregularidade, mas entendeu ser recomendável que a Administração, nos próximos certames, fixe como cláusula expressamente estabelecida, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em respeito aos ditames preconizados no códex licitatório.

d) Ausência de valor estimado

Por fim, nos termos denunciados, o edital não contempla a previsão do valor estimado da contratação, o que inviabiliza o julgamento objetivo da habilitação das licitantes, que devem provar que possuem patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor estimado para a contratação.

A unidade instrutiva concluiu pela improcedência quanto à ausência de valor estimado, diante da retificação do edital, mas apurou haver irregularidade quanto à inobservância dos termos dispostos no § 4º do art. 21 da Lei Federal 8.666/1993 (falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido), manifestando-se nos seguintes termos:

Devidamente intimada, a responsável, por meio dos Procuradores municipais, afirma que houve a perda de objeto quanto ao presente apontamento, considerando que o edital foi retificado neste ponto, sendo o valor estimado de R\$ 3.487.641,49 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil, seiscentos e quarenta e um reais e quarenta e nove centavos), o que de fato se verifica dos autos em exame.

Todavia, o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, que se aplica subsidiariamente ao pregão, dispõe que ocorrendo qualquer modificação no edital deve haver nova divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afete a formulação das propostas.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...]

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Depreende-se que o legislador, ao criar esta obrigação de republicação do edital, estava atento aos princípios que regem as licitações, principalmente àqueles constantes do caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93, quais sejam, o da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais que lhes são correlatos.

No caso concreto, considera-se que a previsão do valor estimado da contratação impacta diretamente nos valores a serem propostos pelos interessados, visto que estes tomarão por base o valor máximo admitido pela Administração.

Isso posto, verifica-se que, no primeiro momento, a publicação do edital havia se dado no Diário Oficial Eletrônico do Município de Montes Claros em 07/04/2020, com sessão da licitação para o dia 30/04/2020, 13 (treze) dias úteis depois da publicação (feriados: 10/04/2020 e 21/04/2020; pontos facultativos: 09/04/2020 e 20/04/2020).

Verifica-se que a retificação foi devidamente publicada no Diário Oficial Eletrônico do Município de Montes Claros de 29/04/2020, tendo a sessão sido agendada para o dia 12/05/2020, ou seja, 08 (oito) dias úteis depois da publicação (feriado: dia 01/05/2020).

Vê-se, pois, que a republicação do edital se deu pela mesma forma que se deu o texto original, mas não se observou o prazo inicialmente estabelecido, o que era imprescindível, considerando tratar-se de alteração que afeta substancialmente a formulação das propostas.

Em sendo assim, conclui-se que a retificação do edital ensejava obrigatoriamente a observância do art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual se entende pela irregularidade ante a falta de devolução de prazo idêntico aos licitantes para apresentarem novas propostas.

Após o relatório técnico inicial, o *Parquet* de Contas corroborou o disposto no relatório da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação e opinou pela citação da responsável.

Após ser devidamente citada e apresentar a sua manifestação defensiva, os autos foram remetidos ao órgão técnico para fins de análise das razões de defesa.

A partir da confirmação da assinatura do contrato decorrente do Processo Licitatório n. 055/2020, Pregão Eletrônico n. 019/2020 (Contrato Administrativo de Prestação de Serviços – P055.20-03), os autos foram direcionados à 1ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal para fins de reexame.

Em sede de reexame, a unidade instrutiva informou que a responsável apresentou as suas razões pautadas apenas nas irregularidades denunciadas, apontamentos já considerados improcedentes no relatório técnico inicial.

Quanto a irregularidade destacada na análise técnica (peça 15 do SGAP), falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido (violando-se o disposto no art. 21, § 4º, da Lei Federal 8.666/1993), não houve manifestação nas razões apresentadas em sede de defesa.

Todavia, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal analisou, uma vez mais, a citada irregularidade em decorrência da documentação encaminhada e ratificou os termos anteriores, concluindo pela permanência da falha identificada na condução do certame:

[...]

Na documentação encaminhada (peça 29) tem-se o aviso de licitação do edital Pregão Eletrônico nº 19/2020, publicado no Diário Oficial da União, no “Minas Gerais” e no Diário

Oficial Eletrônico do Município de Montes Claros em 07/04/2020, com sessão marcada para o dia 30/04/2020, perfazendo um total de 13 dias úteis a contar da data da publicação do ato convocatório, conforme já apontado no relatório na peça 15.

Bem como o aviso de licitação do edital retificado do Pregão Eletrônico nº 19/2020, publicado no Diário Oficial da União, no “Minas Gerais” e no Diário Oficial Eletrônico do Município de Montes Claros em 29/04/2020, com sessão marcada para o dia 12/05/2020, perfazendo um total de 08 dias úteis a contar da data da publicação do ato convocatório, conforme já apontado no relatório na peça 15.

[...]

Dessa forma, entende-se que o prazo ser observado na republicação do Edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020, que foi modificado, é aquele inicialmente estabelecido, ou seja, 13 dias úteis, e não o prazo mínimo legalmente previsto (08 dias úteis), portanto, entende-se pela permanência desta irregularidade.

Por fim, entende-se importante informar que, após análise da Ata da sessão pública do Pregão Eletrônico nº 019/2020 (peça 30), realizada no dia 12/05/2020, constata-se a participação de somente um licitante no certame – a empresa TRIVALE Alimentação Ltda., também já mencionado pela responsável.

Neste caso, entende-se que houve a ausência de concorrência no pregão, tendo em vista que não compareceram ao menos três licitantes, não tendo sido instalada uma verdadeira competição.

Apesar de não haver norma expressa, tal situação configura vício, por ser apta a desvirtuar o fim do instituto. Obviamente, quanto mais licitantes disputarem o certame, melhor para a Administração na busca da proposta mais vantajosa.

Entende-se ainda que o fato de um único licitante participar do certame pode ter ocorrido tendo em vista a redução do prazo para apresentação das propostas diante da ausência de devolução do prazo inicialmente estabelecido para apresentação das propostas.

[...]

O Ministério Público junto ao Tribunal, em consonância com a fundamentação apresentada pela unidade técnica, opinou pela procedência parcial da denúncia, diante da inobservância do art. 21, § 4º, da Lei Federal n. 8.666/1993, com aplicação de multa individual em razão da irregularidade constatada e expedição de recomendação para que nos procedimentos licitatórios vindouros, em caso de retificação dos editais, seja observada a devolução dos prazos inicialmente estabelecidos, resguardando-se a devida competitividade.

Embora concorde com todo o exposto na fundamentação apresentada pela coordenadoria competente, entendo ser necessário tecer algumas considerações sobre o assunto em destaque.

É preciso lembrar que a dilação do prazo mínimo para publicidade do ato convocatório é ato cabível e discricionário, podendo a Administração estender o prazo legalmente estabelecido quando entender que o mesmo é insuficiente para que os interessados providenciem a documentação solicitada, seja em decorrência das exigências estabelecidas, ou da complexidade do objeto. Nesse diapasão, a fixação do mesmo deverá ser observada tanto na publicidade original do ato convocatório, quanto para eventual prazo de republicação daquele documento.

Com efeito, o art. 21, § 4º, da Lei Federal n. 8.666/1993 (aplicável subsidiariamente à modalidade pregão, por força do art. 9º, da Lei Federal n. 10.520/2002) é claro ao afirmar que a modificação do edital importará na sua republicação, “...reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido...”.

No caso dos autos, entendo razoável supor que, em um procedimento licitatório de grande vulto (R\$3.487.641,49), muitos interessados seriam atraídos não só pela expressividade do valor, mas, também, diante do objeto a ser licitado, uma vez que atualmente o mercado de gerenciamento de combustíveis é amplamente explorado.

Nos termos antepostos, importante destacar, trecho da Representação n. 862409, da Relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, Sessão da Primeira Câmara, datada de 22/08/2017, *in verbis*:

[...]

Com efeito, na Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos, aplicável subsidiariamente à modalidade pregão, há previsão de que qualquer alteração que porventura vier a sofrer o edital licitatório deve ser devidamente divulgada, nos moldes utilizados para o texto original, visando a alcançar os licitantes cadastrados e também os potenciais interessados em participar do certame, diante das novas condições, assegurando-lhes o reestabelecimento do prazo para a levantamento da documentação pertinente. Tal exigência é afastada, excepcionalmente, quando a modificação não impactar a formulação das propostas, nos termos do § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93, *verbis*:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”.

A propósito, colaciono decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ sobre a matéria, esclarecendo que avisos internos não podem substituir a necessidade de nova publicação, veja-se:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL COMO INSTRUMENTO VINCULATÓRIO DAS PARTES. ALTERAÇÃO COM DESCUMPRIMENTO DA LEI. SEGURANÇA CONCEDIDA.

É ENTENDIMENTO CORRENTIO NA DOUTRINA, COMO NA JURISPRUDÊNCIA, QUE O "EDITAL", NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, CONSTITUI LEI ENTRE AS PARTES E INSTRUMENTO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS NO CURSO DA LICITAÇÃO.

AO DESCUMPRIR NORMAS EDITALÍCIAS, A ADMINISTRAÇÃO FRUSTRA A PRÓPRIA RAZÃO DE SER DA LICITAÇÃO E VIOLA OS PRINCÍPIOS QUE DIRECIONAM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, TAIS COMO: O DA LEGALIDADE, DA MORALIDADE E DA ISONOMIA.

A ADMINISTRAÇÃO, SEGUNDO OS DITAMES DA LEI, PODE, NO CURSO DO PROCEDIMENTO, ALTERAR AS CONDIÇÕES INSERIDAS NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DESDE QUE, SE HOVER REFLEXOS NAS PROPOSTAS JÁ FORMULADAS, RENOVE A PUBLICAÇÃO (DO EDITAL) COM IGUAL PRAZO DAQUELE INICIALMENTE ESTABELECIDO, DESSERVINDO, PARA TAL FIM, MEROS AVISOS INTERNOS INFORMADORES DA MODIFICAÇÃO.

[...]

SEGURANÇA CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME." (MS 5.597/DF, relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ de 1º.06.1998, p. 25). (grifo nosso).

Quanto a responsabilização, considerando as consequências práticas da decisão da pregoeira, restringindo a competitividade e afetando, em tese, a viabilidade de se obter uma proposta mais

vantajosa ao poder público, diante da possibilidade de se ter inviabilizado uma competição com mais interessados (somente um licitante no certame), nos termos do disposto nos arts. 22, § 2º e 28 da Lei Federal n. 13.655/2018, entendo que restou configurada a responsabilidade por erro grosseiro:

[...]

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

[...]

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

[...]

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

[...]

Colaciono, no mesmo sentido, trecho da decisão proferida no bojo da Denúncia n. 1092499, de Relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Sessão da Segunda Câmara, datada de 18/11/2021, nos seguintes termos:

[...]

A responsabilização do referido agente público, 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 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 ao de culpa grave.

De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri Filho² “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.

Do estudo dos autos, verifica-se que o vício constante do ato convocatório em comento decorreu da inobservância de mandamento legal expresso e que deveria ser do conhecimento da agente responsável pela elaboração de editais e pela condução de procedimentos licitatórios no âmbito da municipalidade, o que evidencia, pois, a falta de cautela, inerente à culpa grave, da Senhora Kátia Suzana de Resende, então subscritora do edital e pregoeira do município.

Além do mais, nas fls. 25/26 da peça nº 52, consta e-mail formulado em 03/08/19 para a Comissão de Apoio do pregão, indagando acerca do curto prazo concedido para a entrega das propostas, bem como da documentação de habilitação. O comunicado ainda requeria a revisão do intervalo concedido, a fim de possibilitar a participação de mais empresas e

acarretar maior competitividade e economicidade nas compras. Na oportunidade, questionou-se também a existência de duas datas diversas para a entrega da documentação, quais sejam, 31/07/19 e 06/08/19, sendo que o aviso de licitação só fazia referência à última, o que poderia ter levado ao erro diversos licitantes sobre a data correta da entrega das propostas.

Na mesma data, a própria pregoeira respondera à indagação, sem considerar a ocorrência da retificação ao edital, alegando que o pedido não procederia, pois o aviso da licitação teria sido publicado no Diário Oficial do Estado Minas Gerais em 21/07/19, o que corresponderia a 13 (treze) dias úteis até a abertura das propostas, em 06/08/19.

Nesse cenário, constata-se que a responsável, ainda que não tenha agido com dolo, fora alertada de que o curto prazo até a realização da sessão pública prejudicava potenciais licitantes e mesmo assim deixou de agir para conceder a devida reabertura do prazo após a publicação da retificação, não se atendo à exigência expressa constante no art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária à Lei nº 10.520/02. Tal incorreção, no contexto dos autos, configura, a meu ver, erro grosseiro, autorizando a responsabilização da agente, nos termos do art. 28 da LINDB.

[...]

Nesse cenário, entendo, na mesma linha da manifestação da 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, pela improcedência dos apontamentos de irregularidades da peça vestibular, quais sejam, utilização do preço médio da Agência Nacional do Petróleo como parâmetro limitador das propostas oferecidas pelos licitantes, excesso na estipulação de 30% sobre o valor do contrato como multa por descumprimento de cláusula contratual, ausência de cláusula que estipule correção monetária para o caso de pagamento após o fornecimento do serviço e ausência de valor estimado.

Lado outro, entendo pela procedência da irregularidade apontada pela unidade instrutiva, referente à inobservância dos termos do § 4º do art. 21 da Lei Federal n. 8.666/1993 (falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido), devendo ser aplicada multa nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 e no art. 318, II, do Regimento Interno deste Tribunal.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo **parcialmente procedente os apontamentos de irregularidades da denúncia**, e aplico **multa no valor de R\$1.000,00** (mil reais) à **Sra. Glenda Santos Cardoso, pregoeira e subscritora do edital**, com fundamento no art. 85, II, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008 e no art. 318, II, do Regimento Interno deste Tribunal, em razão da irregularidade decorrente da falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido, no ato de republicação do instrumento convocatório, violando-se o disposto no art. 21, § 4º, da Lei Federal 8.666/1993.

Determino, ainda, que se expeça **recomendação** para que, nas futuras licitações, sempre que houver retificações nos editais, devam ser devolvidos os prazos inicialmente estabelecidos, a fim de proporcionar a devida competitividade ao certame, nos termos do comando legal insculpido no art. 21, § 4º da Lei Federal n. 8.666/1993.

Intimem-se a denunciante e o denunciado desta decisão pelo Diário Oficial de Contas - DOC e por via postal e o Ministério Público junto ao Tribunal na forma regimental.

Após o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

* * * * *