

Processo: 1127162
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: K.J.K.D. Mendes Distribuidora Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Espinosa
Responsáveis: Milton Barbosa Lima, Ronildo Hélio de Oliveira
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 20/6/2023

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE JULGAMENTO DE ITENS. AQUIESCÊNCIA DOS PARTICIPANTES. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO E DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE E À ISONOMIA. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

O princípio do formalismo moderado impõe que a forma dos atos administrativos não prevaleça sobre sua essência, bem como a razoabilidade determina a aplicação de juízo de ponderação razoável na apreciação e realização dos atos administrativos, de maneira que, tendo os atos submetidos a controle alcançado sua finalidade sem prejuízos aos seus objetivos precípuos, não há que se falar em sua anulação ou em aplicação de sanção aos responsáveis.

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 improcedente a denúncia, porquanto ausente qualquer prejuízo derivado das condutas denunciadas à finalidade do Pregão Presencial n. 29/2022, e declarar a extinção do processo, com resolução de mérito;
- II) determinar a intimação da denunciante e dos responsáveis, na forma do art. 166, II, § 1º, I, do RITCEMG;
- III) determinar, ultimadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres e o Conselheiro José Alves Viana.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de junho de 2023.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 20/6/2023

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia apresentada pela sociedade empresária K.J.K.D. Mendes Distribuidora Ltda. em face do Município de Espinosa, em função de supostas irregularidades contidas no edital do Pregão nº 29/2022, cujo objeto foi o “registro de preços para aquisição de medicamentos em atendimento das demandas da área da saúde pública do Município de Espinosa-MG”, com valor estimado de R\$ 11.561.723,45 (onze milhões, quinhentos e sessenta e um mil, setecentos e vinte e três reais e quarenta e cinco centavos).

Em síntese, alegou-se o descumprimento da Lei Geral de Licitações e Contratos pelo desrespeito das fases do procedimento e foi pedido o cancelamento do ato supostamente ilegal, a aplicação de multa ao pregoeiro e o encaminhamento do processo ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

Foi realizado o protocolo conforme documento de peça nº 1 do Sistema de Gestão e Administração de Processos (SGAP) e a petição consta da peça nº 2, juntamente com os documentos que a instruem.

Realizada a triagem constante da peça nº 3, a Presidência desta Corte determinou a autuação da documentação como denúncia, conforme expediente de peça nº 4, tendo sido os autos distribuídos à minha relatoria em 22/09/2022, conforme termo de distribuição visto à peça nº 5.

No despacho de peça nº 6, encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, a qual à peça nº 7 se manifestou pela improcedência da denúncia.

Encaminhados os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal pelo expediente de peça nº 8, o *Parquet* emitiu parecer opinando pela improcedência da denúncia e pela extinção do processo sem resolução de mérito.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A denunciante alegou, em seu recurso administrativo, que serviu de base para a presente denúncia, que uma das sociedades empresárias participantes do certame fora beneficiada pela comissão de licitação, uma vez que teve suas propostas apreciadas antecipadamente em relação aos itens pelos quais tinha interesse em concorrer. Aduziu que, após isso, foram também abertos os envelopes relativos à habilitação da sociedade em questão, fazendo com que ela, em vez de a Administração, conduzisse a ordem do certame e se sagrasse vencedora nos itens 83, 161, 164, 165, 205, 207, 235 e 238 do pregão, em suposta violação à competitividade e à isonomia.

Invocou a ordem prevista no edital e no Decreto Federal nº 3.555/2000 (art. 11) para fundamentar sua conclusão de que não era lícito à comissão de licitação ter procedido daquela maneira. Mencionou jurisprudência do Tribunal de Contas da União que, supostamente, ampara sua pretensão, citando, ainda, o princípio da legalidade e transcrevendo o art. 37, *caput* e XXI, da Constituição Federal, bem como o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e a doutrina especializada, visando à demonstração de que “[foi] inválida, desde a origem do procedimento [a licitação]. Isso porque viol[ou] todas as normas supracitadas, que têm como espírito impedir eventual

vantagem de alguma concorrente, o que geraria favorecimento indevido em contrariedade aos princípios constitucionais da moralidade, da isonomia e da impessoalidade”.

Asseverou que os atos nulos da Administração Pública devem por ela própria ser anulados, nos termos do art. 49 da Lei Geral de Licitações e Contratos e o Enunciado nº 473 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), de forma que deveriam ser anulados os atos eivados da alegada ilegalidade, bem como reconhecida improbidade administrativa na conduta do pregoeiro e do Prefeito Municipal.

Em sua petição, requereu o recebimento da denúncia e a intimação do Município para envio de cópia da fase interna e externa do certame, que fossem cancelados os atos administrativos praticados pela comissão, que fosse aplicada multa ao pregoeiro no importe de 20 (vinte) salários mínimos e que fosse encaminhada a denúncia ao Ministério Público junto ao Tribunal.

A Unidade Técnica, analisando a denúncia, iniciou ponderando que, “nas licitações realizadas pelo Sistema de Registro de Preços, com julgamento por item, cada item pode ser considerado uma licitação em separado”, mencionando doutrina nesse sentido e publicações de consultorias especializadas.

Repisou que somente a inversão da ordem do julgamento dos itens não implica a violação à isonomia ou a não obtenção da proposta mais vantajosa.

Parafraseou as ponderações do pregoeiro, o qual teria levado em conta o princípio do formalismo moderado, da vinculação ao edital, da economicidade e da ampla concorrência para tomar a decisão questionada e observado, também, que a sociedade cuja antecipação de análise de proposta foi requerida “apresentou proposta para 33 itens entre os 332 licitados, e sagrou-se vencedora em 8 deles” (*sic*). Aduziu que o pregoeiro, em sua decisão, discorreu sobre o princípio do formalismo moderado e que negou que os envelopes relativos à fase de habilitação tivessem sido abertos antes do julgamento das propostas, além do que alegou que todos os presentes à sessão do pregão teriam concordado com a antecipação do julgamento das propostas em relação aos itens solicitados pela sociedade empresária em questão.

Salientou, ainda, o pregoeiro que apenas após ter sido questionado ao sócio da denunciante acerca da participação no certame de duas sociedades das quais ele comporia os quadros societários é que, de fato, a denunciante se insurgiu contrariamente aos fatos denunciados. Asseverou que, em licitação passada, a denunciante ter-se-ia utilizado do mesmo requerimento realizado pela sociedade empresária em questão, não se tendo apurado, por isso, qualquer prejuízo na ocasião. Argumentou, por fim, o condutor do certame que não haveria qualquer benefício à sociedade empresária requerente da antecipação e que esta se sagrou vencedora em apenas 8 itens, entre os 33 a que concorreu, além do que a finalidade do ato teria sido atingida.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, então, retornou à análise, aduzindo que a concorrente que solicitou a antecipação do julgamento de determinados itens, anteriormente à solicitação em questão, requisitou a presença da Polícia Militar em meio ao pregão, porquanto teria deixado de apresentar uma mídia requerida pela comissão de licitação. Tendo-se resolvido o impasse, deu-se sequência aos trabalhos.

A Unidade Técnica, então, analisou que foram credenciadas 11 (onze) empresas para participar do certame e que do *site* do Município de Espinosa se extrai a sequência dos atos do pregão, listando-se as vencedoras em cada um dos itens após a fase de lances. Registrou que a sociedade que requereu a antecipação do julgamento de certos itens foi vencedora em 8 (oito) itens, em relação aos quais aduziu não ter havido indícios de direcionamento, após cotejar os valores praticados e os valores estimados pelo Município no edital.

Passou, então, o Órgão Técnico a aduzir que “a proposta da empresa [omissis] foi suficientemente vantajosa para a Administração, e a empresa não teria acionado a Polícia Militar, caso estivesse trabalhando em conluio com a Administração” (*sic*). Salientou que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser ponderado em face de outros princípios, como o da razoabilidade, da economicidade e do interesse público. Entendeu que “o resultado desta licitação pode ser respeitado”. Mencionou o princípio do formalismo moderado e sua aplicação no caso de suposta violação da ordem formal do certame.

Mencionou jurisprudência deste Tribunal que faz aplicação do princípio do formalismo moderado e da razoabilidade, concluindo, então, pelo afastamento da irregularidade na condução do pregão.

O Ministério Público junto ao Tribunal, mencionando a conclusão da Unidade Técnica, opinou pela improcedência da denúncia e pela extinção do processo sem resolução de mérito, a fim de que seja possível ao Tribunal de Contas, futuramente, exercer atos de controle quanto ao procedimento caso haja novas denúncias de irregularidades.

Pois bem.

Diante da análise feita pela Unidade Técnica e da argumentação empreendida pelo pregoeiro, entendo que, com efeito, não houve qualquer prejuízo à competitividade no caso em tela, tampouco violação à isonomia.

Isso porque o pregoeiro aduziu que não houve a abertura dos envelopes de habilitação anteriormente ao julgamento das propostas e a denunciante não logrou demonstrar que houve o atropelamento das fases. A palavra do agente público é dotada de fé-pública, possuindo presunção *juris tantum* de legitimidade, razão pela qual é incumbência do particular desconstituir referida presunção.

Frise-se que a denunciante, em sua peça de denúncia perante este Tribunal, não faz, na verdade, uma alegação sequer, relatando, *ipsis litteris*:

Apos análise do recurso feito pela empresa K.J.K. D MENDES a autoridade Municipal da Prefeitura de Espinosa essa empresa pugna pelo oferecimento denuncia o TCE MG visto que a decisão do prefeito e do pregoeiro não foi fundamentada conforme determina a lei a expressão mera consideração a fatos sem fundamentação legal não pode servir de base para violação da lei 8.666/93. Em anexo os atos praticados e publicados no site da Prefeitura Municipal de Espinosa, para análise da unidade técnica do tribunal de contas de Minas Gerais. Visto que as fases do processo licitatório dever se cumprida na integra recurso formulados pela empresa que seja analisado por esse tribunal e MPC.

(*sic*)

Portanto, não procurou desconstituir a versão do pregoeiro no sentido de que não houve a abertura dos envelopes de habilitação anteriormente ao julgamento das propostas perante esta Corte, mas tão somente renovou seus argumentos, sem contraposição a qualquer aspecto da manifestação do pregoeiro.

Na mesma toada, o pregoeiro registrou em ata que houve anuência de todos os presentes na antecipação do julgamento dos itens solicitados pela sociedade empresária em questão, razão pela qual, assim sendo, não pode a denunciante praticar ato incompatível com sua conduta e esperar a tutela do controle externo. E, ainda que tivesse se oposto tempestivamente, dever-se-ia demonstrar prejuízo efetivo na conduta do pregoeiro para que fosse declarada qualquer nulidade, uma vez que, sem o respectivo prejuízo, não há nulidade, nos termos do art. 55 da Lei nº 9.784/1999 e art. 66 da Lei Estadual nº 14.184/2002.

Ademais, verifico que foram levados 332 (trezentos e trinta e dois) itens à concorrência no pregão e que a sociedade que requereu antecipação concorreu a apenas 33 (trinta e três) deles e foi vencedora quanto a apenas 8 (oito), benefício este ínfimo caso, com efeito, se constatasse qualquer mancomunação entre a Administração Municipal e a sociedade concorrente, concluiu este que não ocorreu, ao menos em relação aos preços ofertados, os quais foram favoráveis à municipalidade, conforme demonstra a Unidade Técnica.

Também entendo que o princípio do formalismo moderado e da razoabilidade devem ser observados neste caso e sopesados em face do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade estrita, este último, inclusive, o qual evoluiu para o contemporaneamente mais bem aceito princípio da juridicidade, que permite aos gestores públicos o suprimento de lacunas legais e regulamentares em suas condutas, desde que colha a validade de seus atos diretamente na Constituição Federal. E, no caso, ficou demonstrada que a finalidade do ato foi alcançada, o que faz ascender o formalismo moderado e razoabilidade em prol da conduta do agente público.

Além disso, quanto ao princípio da legalidade, manifesta-se a doutrina especializada:

Em função de variados fatores, tem-se observado sistemática modificação na importância dessas diferentes fontes, **sendo evidente a perda de importância da lei no âmbito do Direito Administrativo** e a consequente redefinição do princípio da legalidade.

A necessidade de a Administração Pública apresentar respostas rápidas, a maior importância conferida às normas do núcleo do direito Administrativo, de estatura constitucional, cuja aplicação não depende necessariamente de lei, os processos de integração supranacionais, que conferem aos tratados internacionais importância nunca antes exercida para a organização das novas entidades administrativas são alguns fatores que têm contribuído para que **as leis formais percam sua importância como fonte de Direito Administrativo e para a redefinição do princípio da legalidade**.

(FURTADO, Lucas Rocha. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 52/53)

(Grifou-se)

Portanto, ponderando os princípios postos à apreciação e considerando que não houve qualquer prejuízo demonstrado à competitividade ou à isonomia, além do que prestigiados os princípios do formalismo moderado, da economicidade, da celeridade e da razoabilidade, entendo não haver irregularidade na conduta apontada.

Por fim, devo discordar brevemente do Ministério Público junto ao Tribunal no sentido de que o processo deva ser extinto sem julgamento de mérito. Está-se, com efeito, julgando o mérito das alegações formuladas pela denunciante e encerrando-se, pela superveniente coisa julgada, a análise acerca da regularidade da conduta do pregoeiro. Isso não impede, contudo, que outros aspectos de sua conduta ou outros atos do mesmo certame não possam ser questionados, desde que sejam alheios aos atos analisados nestes autos.

Portanto, não é necessário que seja extinto o presente processo sem resolução de mérito, o que, a meu ver, inclusive, não é tecnicamente adequado, porquanto há, com efeito, decisão de mérito. Pela extinção com resolução de mérito é perfeitamente possível que sejam apreciadas, no futuro, condutas do pregoeiro referentes ao mesmo procedimento sob exame neste processo.

Entendo, assim, que a extinção deve ser com resolução de mérito.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto pela **improcedência** da denúncia, porquanto ausente qualquer prejuízo derivado das condutas denunciadas à finalidade do Pregão Presencial nº 29/2022, e pela extinção do processo com resolução de mérito.

Intimem-se as partes, na forma do art. 166, II, § 1º, I, do RITCEMG.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos.

* * * * *