

Processo: 1141406
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrentes Marco Aurélio Rabelo Gomes e Solange Maria Valadão de Sá
Órgão: Prefeitura Municipal de Pains
Processo referente: Denúncia nº 1031357
Procuradores: Luis André de Araújo Vasconcelos - OAB/MG 118484, Leonardo Spencer Oliveira Freitas - OAB/MG 97653, Evandro D'agostini Boari - OAB/MG 117339, Jéssica Cristine Andrade Gomes - OAB/MG 174178, Jordânia Ferreira dos Santos - OAB/MG 169906, Renato Soares - OAB/MG 102412, Gabriela Oliveira Pires - OAB/MG 213144, Maíla Ranielli Costa de Sousa - OAB/MG 45089-E
MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 18/10/2023

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. ADMISSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE ESTIMATIVA DE PREÇOS UNITÁRIOS NA FASE INTERNA. EXIGÊNCIA IRREGULAR DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS. PROVIMENTO PARCIAL. DESCONSTITUIÇÃO PARCIAL DA MULTA E RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 335 do Regimento Interno desta Corte de Contas, deve ser conhecido o Recurso Ordinário.
2. A elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico pela Administração Pública deve seguir as melhores práticas de gestão, de maneira a minuciosamente descrever a solução necessitada pelo ente contratante, possibilitando a oferta de propostas coerentes e vantajosas por parte dos licitantes.
3. O orçamento estimado em planilhas deverá balizar as compras públicas, nos termos do art. 15, V, da Lei nº 8.666/93.
4. A apresentação de amostra, quando necessária, deve ser exigida apenas aos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar, sob pena de culminar ônus excessivo e restringir a participação no certame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) conhecer do Recurso Ordinário, em preliminar, uma vez presentes os requisitos previstos no art. 335, *caput*, incisos I a III, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas;
- II) dar provimento parcial ao Recurso Ordinário, no mérito, por maioria, para afastar a multa individual e pessoal aplicada pela Primeira Câmara, na Sessão do dia 06/12/2022, no valor

de R\$ 1.000,00 (mil reais), ao Senhor Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pains, e à Senhora Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital do Pregão Presencial nº 66/2017, Processo Licitatório nº 165/2017, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Pains, em relação à exigência irregular de apresentação de amostras;

- III) recomendar aos atuais gestores públicos que, nos futuros procedimentos licitatórios, observem o entendimento jurisprudencial no sentido de exigir, quando for o caso, a apresentação de amostras apenas dos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar;
- IV) manter a decisão proferida e, conseqüentemente, a multa aplicada aos Recorrentes, pessoal e individual, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), para cada uma das seguintes irregularidades:
 - a) insuficiência do Termo de Referência como anexo do edital licitatório;
 - b) ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna.
- V) determinar a intimação das partes e de seus procuradores, conforme o disposto no art. 166, II, e § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, devendo os recorrentes, Senhor Marco Aurélio Rabelo Gomes e Senhora Solange Maria Valadão de Sá, ser intimados, ainda, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão, efetuem e comprovem o recolhimento do valor devido, na forma prevista no *caput* do art. 365 do mesmo diploma regimental;
- VI) determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das providências cabíveis, nos termos do art. 176, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Agostinho Patrus. Vencidos parcialmente no mérito os Conselheiros Cláudio Couto Terrão e Mauri Torres.

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

Plenário Governador Milton Campos, 18 de outubro de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente

WANDERLEY ÁVILA
Relator

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 18/10/2023

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelos Senhores Marco Aurélio Rabelo Gomes e Solange Maria Valadão de Sá, em face da decisão exarada pela Primeira Câmara, em sessão do dia 06/12/2022, nos autos da Denúncia n° 1.031.357, disponibilizada no Diário Oficial de Contas do dia 13/12/2022 (peça n° 23 do Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP, Processo Principal), *ipsis litteris*:

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

D) julgar parcialmente procedente a Denúncia, considerando irregulares:

a) a insuficiência do termo de referência;

b) a ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna;

c) a exigência irregular quanto à apresentação de amostras;

d) o descumprimento do prazo de antecedência mínima entre a publicação do edital e abertura do certame, e

e) a exigência irregular de que os produtos sejam de 1ª linha e/ou alta qualidade;

II) aplicar, com fulcro no art. 85, inciso II, da Lei Complementar n. 102/2008, multa pessoal e individual, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por cada uma das irregularidades descritas nos itens “a”, “b” e “c”, ao Sr. Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pains, e à Sra. Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital;

III) recomendar aos referidos agentes públicos, em virtude das irregularidades constantes dos itens “d” e “e” acima, que, em futuros certames:

a) atentem para a estrita observância do prazo legal a que alude o art. 4º, inciso V, da Lei n. 10.520/2002, inclusive quanto ao da disponibilização do aviso de licitação e documentos a ela relativos na página oficial da Prefeitura Municipal, e

b) deixem de inserir na descrição do objeto termos com características subjetivas ou com critérios que não possam ser objetivamente aferidos no momento da análise das propostas;

IV) determinar a intimação e, cumpridos os dispositivos regimentais pertinentes, o arquivamento dos autos.

Votaram o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz. Vencido, parcialmente, esse último.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Inconformados com a decisão supra, os Recorrentes, por meio de seus procuradores devidamente constituídos nos autos principais, interpuseram o presente Recurso (peça n° 2 do SGAP), contestando, em síntese, as irregularidades imputadas e a multa individual e pessoal que lhes foi aplicada.

Em 16/02/2023, o Recurso, autuado como Recurso Ordinário, foi distribuído à minha relatoria (peça n° 5 do SGAP). Após admitir o seu processamento (peça n° 7 do SGAP), encaminhei os

autos à 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise, e, posteriormente, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios se manifestou pela procedência parcial do Recurso para reformar a decisão quanto à alegação de irregularidade na exigência de apresentação de amostras, de modo a desconstituir a multa aplicada aos responsáveis e expedir recomendação aos gestores públicos. Lado outro, entendeu pela manutenção da decisão quanto as seguintes irregularidades: (a) insuficiência do termo de referência e (b) ausência de planilha de estimativa de preços unitários (peça nº 8 do SGAP).

No mesmo sentido, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sede de parecer conclusivo (peça nº 10 do SGAP), opinou pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso Ordinário, para que seja mantida a condenação ao pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) em relação às seguintes irregularidades: (a) insuficiência do termo de referência; (b) a ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna. Ainda, concluiu pelo afastamento da multa aplicada em virtude da exigência de que todas as licitantes apresentassem amostras.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 – Da admissibilidade

Conforme Certidão Recursal, juntada à peça nº 6 do SGAP, observo que a Decisão recorrida, apreciada no dia 06/12/2022, foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas do dia 13/12/2022 (peça nº 23 do SGAP, processo principal), tendo a contagem do prazo recursal iniciado em 15/12/2022.

Considerando a suspensão da contagem dos prazos no período de 19/12/2022 a 20/01/2023, conforme as Portarias nº 81/2021 e nº 103/2022, assim como a previsão contida no art. 2º da Resolução nº 02/2023, que alterou o art. 335 do Regimento Interno desta Corte, é tempestivo o Recurso Ordinário interposto no 15/02/2023.

Assim, uma vez que constatei estarem presentes os requisitos formais previstos no art. 335 do Regimento Interno desta Corte, sendo o Recurso próprio, tempestivo e o Recorrentes partes legítimas, admito o Recurso.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Conheço do recurso.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Admito.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

APROVADO O VOTO DO RELATOR PELA ADMISSÃO DO RECURSO.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II. 2 – Do mérito

II. 2. 1 – Insuficiência do Termo de Referência como anexo do edital licitatório

Por intermédio da Decisão recorrida, foi aplicada multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) aos Senhores Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pains, e Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital do Pregão Presencial nº 66/2017, Processo Licitatório nº 165/2017, com fundamento no art. 85, inciso II, da Lei Complementar nº 102/2008 deste Tribunal de Contas, tendo em vista a irregularidade quanto à insuficiência do Termo de Referência como anexo do edital licitatório.

No entanto, os Recorrentes sustentaram que o Termo de Referência foi devidamente apresentado nos autos do Processo Licitatório nº 165/2017 (fl. 80, peça nº 10 do SGAP) contendo a indicação e especificação do objeto a ser licitado, as condições para a contratação, as sanções, a estimativa de valor da contratação, a dotação orçamentária e financeira e a vigência do contrato.

Acrescentaram que a especificação do objeto também consta às fls. 99/107, a estimativa do valor da contratação, dotação orçamentária e financeira para a despesas, e condições de pagamento às fls. 82/84 e 112, da peça nº 10 do SGAP. Portanto, alegaram que, mesmo de forma fragmentada, foram atendidas as especificações exigidas por este Tribunal. Ao final, requereram a extinção da multa aplicada ou, subsidiariamente, a sua minoração.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal entendeu pela manutenção da decisão recorrida sob o fundamento de que o documento intitulado como “Termo de Referência” não apresentou informações necessárias para ser considerado um instrumento de gestão estratégica suficiente para orientar os licitantes.

Ainda, afirmou que o referido documento não apresentou nem metade dos tópicos previstos na Cartilha denominada “Como elaborar Termo de Referência ou Projeto Básico”, elaborada e adotada por esta Corte de Contas, conforme trechos que abaixo transcrevo (peça nº 8 do SGAP):

[...]

Há que se falar também que houve violação dos requisitos presentes no art. 4º, inciso II, da Lei Federal nº 10.520/2002 (descrição do objeto e requisitos necessários), tendo em vista que o documento supostamente oferecido pelo Município como Termo de Referência somente englobou o quantitativo e a discriminação dos itens a serem licitados.

Outrossim, é importante destacar que o Anexo I e o Anexo V tratam de documentos distintos e com objetivos diferentes do Termo de Referência, uma vez que representam a Proposta e a Minuta da Ata de Registro de Preços, respectivamente.

Assim, entende-se que houve irregularidade no Termo de Referência do procedimento licitatório em questão, já que a ausência de Termo de Referência em licitações na modalidade pregão se trata de erro grave passível de multa.

Portanto, diante da insuficiência do mencionado instrumento de gestão estratégica e considerando o posicionamento desta Corte acerca da matéria sob análise, esta Unidade Técnica entende ser insuficiente o Termo de Referência apresentado no procedimento licitatório em tela.

Desse modo, esta Unidade Técnica entende que não deve ser acolhida a arguição recursal ora analisada, opinando pela manutenção da decisão do acórdão.

Na mesma esteira, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, à peça nº 10 do SGAP, emitiu parecer opinando pela improcedência do Recurso neste aspecto, sob o fundamento de que não houve a previsão de regras quanto ao critério de aceitabilidade do objeto, condições de execução, dentre outros itens que deveriam compor o Termo de Referência.

Por fim, ponderou a ausência de planilha de preços com estipulação de uma média de valor unitários dos itens licitados, um dos elementos indispensáveis do Termo de Referência, de modo que tal omissão impactou a previsão de um valor total estimado para a contratação.

Pois bem.

Inicialmente, convém destacar a fundamentação do voto proferido pelo Conselheiro José Alves Viana, apreciado na Sessão da Primeira Câmara do dia 06/12/2022, que reconheceu a insuficiência do Termo de Referência como anexo do edital do Pregão Presencial nº 66/2017, Processo Licitatório nº 165/2017, vejamos:

Alegou o Denunciante que não foi possível observar o termo de referência como anexo do edital.

Em defesa, esclareceram os responsáveis que os requisitos do art. 4º, inciso II, da Lei n. 10.520/2002 constam do Anexo I do Processo Licitatório n. 165/2017.

Sustentaram que, ainda que de forma fragmentada, foram atendidas as especificações exigidas pelo Tribunal de Contas de MG.

A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal entenderam ser procedente a alegação do denunciante e pugnaram pela aplicação de multa aos responsáveis.

De fato, conforme já destacado no início da fundamentação deste voto, constatei que não há no procedimento licitatório o correspondente termo de referência, documento de importância ímpar na utilização da modalidade pregão. Segundo a cartilha “Como Elaborar Termo de Referência ou Projeto Básico” 1 deste Tribunal, referido documento é assim conceituado:

O Termo de Referência ou Projeto Básico é um instrumento obrigatório para toda contratação (seja ela por meio de licitação, dispensa, inexigibilidade e adesão à ata de registro de preços), sendo elaborado a partir de estudos técnicos preliminares e devendo reunir os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para caracterizar o objeto, bem como as condições da licitação e da contratação.

Considera-se, pois, que o referido instrumento é o documento que contém informações obtidas a partir de vários levantamentos feitos em relação ao objeto a ser contratado, o que permite dizer que possui os “códigos genéticos” das contratações pretendidas pela Administração Pública.”

Desta forma, entendo procedente a denúncia nesse ponto e considerando ser grave a ausência do Termo de Referência em licitações na modalidade pregão, devem os responsáveis ser apenados na forma do art. 85, II da Lei Orgânica.

A Lei nº 8.666/93, impõe, dentre outras exigências, a existência do Projeto Básico para as obras e serviços a serem prestados, vejamos:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

Por sua vez, com o advento da Lei nº 10.520/02, que trata da licitação na modalidade Pregão, o Termo de Referência passou a ser exigido para fins de pormenorizar a especificação do objeto a que se pretende contratar e, assim, otimizar o dispêndio dos recursos públicos, garantindo a aquisição com qualidade, o aumento da competitividade e a redução dos gastos públicos.

O Decreto nº 44.786/08, que regulamenta a modalidade Pregão no âmbito do Estado de Minas Gerais, assim prevê:

XX - Termo de Referência: é o documento que deverá conter os elementos necessários e suficientes:

- a) à verificação da compatibilidade da despesa com a disponibilidade orçamentária;
- b) ao julgamento e classificação das propostas, considerando os preços praticados no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda os constantes do sistema de registro de preços;
- c) à definição da estratégia de suprimento;
- d) à definição dos métodos de fornecimento ou de execução do serviço; e
- e) à definição do prazo de execução do contrato.

Ainda, destaco a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que tratou acerca da necessidade de elaboração e utilização correta do Projeto Básico, ou, conforme o presente caso, do Termo de Referência, vejamos:

O Projeto Básico deve compreender um conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os elementos contemplados na Lei 8.666/93, em seu art. 6º, IX.

A utilização correta do projeto básico visa a resguardar a Administração Pública de atrasos em licitações, superfaturamentos, aditamentos contratuais desnecessários, modificações no projeto original, entre outras ocorrências indesejáveis que geram consequências e entraves à execução das obras.” (TCU, Acórdão n.º 2.504/2010, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa)

Este Tribunal de Contas possui relevante Cartilha sobre como elaborar Termo de Referência ou Projeto Básico¹, sendo que no item 10 do referido material consta as seguintes especificações, que abaixo transcrevo:

¹ <https://www.tce.mg.gov.br/img/2017/Cartilha-Como-Elaborar-Termo-de-Referencia-ou-Projeto-Basico2.pdf>. Acesso em: 21/08/2023.

ESPECIFICAÇÕES:

- 1) Indicação do objeto;
- 2) Justificativa (motivação) da contratação;
- 3) Especificação do objeto;
- 4) Requisitos necessários;
- 5) Critérios de aceitabilidade da proposta (no caso de amostra, folder e catálogo);
- 6) Critérios de aceitabilidade do objeto (recebimento do objeto);
- 7) Estimativa de valor da contratação e dotação orçamentária e financeira para a despesa;
- 8) Condições de execução (métodos, estratégias e prazos de execução e garantia);
- 9) Obrigações das partes envolvidas (contratada e contratante);
- 10) Gestão do contrato;
- 11) Fiscalização do contrato;
- 12) Condições de pagamento;
- 13) Vigência do contrato;
- 14) Sanções contratuais;
- 15) Condições gerais;
- 16) Orçamento detalhado estimado em planilha com preço unitário e valor global;
- 17) Cronogramafísico-financeiro (se for o caso).

Em consulta aos documentos apresentados, verifico que, de fato, na documentação intitulada “Termo de Referência” (fl. 61, peça nº 10 do SGAP, dos autos principais), não constam diversas das especificidades acima colacionadas, tais como, a justificativa da contratação, a especificação do objeto, os requisitos necessários, os critérios de aceitabilidade da proposta, dentre outras previstas na Cartilha deste Tribunal de Contas.

Ademais, em que pese existirem anexos referentes ao edital licitatório, como o “Anexo I – Da proposta” (fls. 80/88, peça nº 10 do SGAP, processo principal), verifico que o referido documento prevê o quantitativo e a discriminação dos itens a serem licitados sem, contudo, descrever o objeto e os requisitos necessários, em confronto ao disposto no art. 3º, II, da Lei nº 10.520/02, que assim prevê:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

Somado a isso, conforme parecer proferido pelo Ministério Público de Contas (peça nº 10 do SGAP), verifico que o critério de julgamento das propostas do Pregão Presencial era o de menor preço unitário, conforme subitem 7.1 do edital licitatório. Entretanto, não há qualquer planilha de preços com estipulação de uma média de valor unitário dos itens licitados.

Acerca da matéria aqui tratada, apresento a Denúncia nº 1.102.382, de minha relatoria, apreciada por unanimidade do Colegiado da Segunda Câmara, na sessão do dia 20/06/2023,

oportunidade na qual reconheci a irregularidade do certame diante da incompletude do Projeto Básico, conforme trechos abaixo transcrevo:

[...]

Desdobra-se o presente apontamento da Unidade Técnica, basicamente, em quatro subpontos: i) a composição dos valores unitários e memória de cálculo dos quantitativos não foram demonstradas; ii) somente foi realizada a cotação de preços por orçamentos junto a sociedades empresárias do segmento, o que não garante a fidedignidade do valor obtido; iii) ausência de indicação dos encargos sociais; e iv) não dimensionamento de mão de obra e equipamentos necessários.

Da peça nº 27 do SGAP consta documentação relativa à fase interna do certame. Quanto à composição dos valores unitários e memória de cálculo dos quantitativos, de fato, os responsáveis não as providenciaram. O arquivo “1 VOL. I - CONCORRÊNCIA 002-2021 PRC 68-21_compressed.pdf”, p. 74, consta o item 1.6 da Nota Técnica que compunha a fase interna do certame, nominado “**QUANTITATIVO EXIGIDO**” (sic).

Nele, após mencionar todos os serviços a ser contratados pela municipalidade, os responsáveis consignaram que “a Administração se baseou no histórico dos últimos objetos licitados bem como na evolução destes serviços e suas demandas ao longo do tempo” (sic) para a definição dos quantitativos. Não foi, todavia, trazido qualquer anteprojeto ou estudo que justificasse tecnicamente a afirmativa.

[...]

Portanto, já é disponibilizado por esta Corte material no sentido de que há de se ter “estudo técnico preliminar ou anteprojeto” do qual constem especificações dos serviços e obras que permitam aferir os preços unitários e o valor total do objeto a ser contratado. É, ainda, necessário que conste composição detalhada dos custos unitários na planilha de composição de custos.

Quanto à argumentação dos responsáveis no sentido de que o manual do TCU permitiria a pesquisa de preços por meio de cotação junto a sociedades do ramo da atividade a ser contratada, com efeito, tal forma de pesquisa é permitida, sendo, todavia, que o mesmo manual², no mesmo trecho citado pelos responsáveis (p. 140), consigna ser necessária, na fase interna do procedimento licitatório, “a elaboração da especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta, com base em projeto básico ou em termo de referência apresentado” e a “elaboração de projeto básico, prévio e obrigatório nas licitações para contratação de obras e serviços, em caso de concorrência, tomada de preços e convite”.

Logo, a cotação de preços não exige os responsáveis da elaboração completa do projeto básico.

Portanto, quanto ao subitem “i)”, entendo procedente o apontamento da Unidade Técnica, porquanto foi incompleto e insatisfatório o projeto básico no tocante à elaboração da composição dos custos unitários e às memórias de cálculo. [...]

Por todo o exposto, verifico que a incompletude do Termo de Referência, como anexo do edital licitatório, restou verificada. Ademais, inobstante as alegações dos Recorrentes no sentido de que foram atendidas as especificações exigidas por este Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, entendo que, conforme demonstrado anteriormente, o edital licitatório do Pregão Presencial nº 66/2017, e os demais anexos, não contemplaram a maioria das especificações

²<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1>.

necessárias e que deveriam constar do Termo de Referência, como a justificativa, especificação do objeto, requisitos necessários, critério de aceitabilidade do objeto, estimativa de contratação, condições de execução, obrigações das partes envolvidas, vigência do contrato e orçamento detalhado em planilha com preço unitário e global.

Nesse sentido, na esteira da análise realizada pela Unidade Técnica deste Tribunal e parecer proferido pelo Ministério Público de Contas, entendo subsistir a irregularidade imputada aos Recorrentes.

Assim, deixo de acolher as razões recursais em relação à insuficiência do Termo de Referência como anexo do edital licitatório, e mantenho a multa, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), individualmente aplicada aos Senhores Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pains, e Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital do Pregão Presencial nº 66/2017, Processo Licitatório nº 165/2017, com fundamento no art. 85, inciso II, da Lei Complementar nº 102/2008 deste Tribunal de Contas.

II. 2. 2 – Da ausência planilha de estimativa de preços unitários na fase interna

Os Recorrentes impugnaram a Decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara, que reconheceu a irregularidade quanto à ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna, e aplicou multa individual de R\$ 1.000,00 (mil reais) aos responsáveis.

Sustentaram que a planilha de custos unitários deve estar presente na fase interna do procedimento licitatório e não anexada ao edital, sob a justificativa de que há a inversão de fases na modalidade Pregão. Ainda, colacionaram entendimento desta Corte de Contas, proferido nos autos da Denúncia nº 932.378, da Relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, datado de 01/11/2016, no sentido de afastar a obrigatoriedade de anexar a planilha de preços unitários em fase de edital.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, à peça nº 8 do SGAP, entendeu pelo não acolhimento da arguição recursal de regularidade da planilha de estimativa de preços unitários, sob o seguinte fundamento:

Ao compulsar os autos, verificou-se no presente caso que não foi juntado aos autos documento que comprove ter sido realizada pesquisa de mercado, pela comissão de licitação, na fase interna do pregão, assim como também não se observa planilha estimativa de preços unitários acerca dos objetos licitados.

É importante esclarecer que esta Corte de Contas, no processo de denúncia n. 932.378, manifestou-se no sentido de que é possível que o orçamento estimado em planilha de preços não esteja anexado ao edital, na modalidade pregão, desde que esteja presente na fase interna do procedimento licitatório.

No entanto, conforme já mencionado, ao analisar os documentos relativos à licitação, verificou-se que a fase interna do procedimento licitatório também não contém a pesquisa prévia dos valores, muito menos foi elaborada planilha de estimativa de preços unitários.

Assim, visualiza-se que os recorrentes não se atentaram ao fato de que a Planilha de Preços deve constar no processo licitatório, ao menos em sua fase interna.

Desse modo, ainda que exista controvérsia jurisprudencial acerca da obrigatoriedade de o orçamento estimado em planilha de preços estar anexado ao edital do pregão, fato é que, no presente caso, sequer consta a planilha de estimativa de preços unitários na fase interna do procedimento licitatório. [sic]

À vista disso, a ausência de pesquisa de preços se caracteriza como mácula ao regular procedimento licitatório por violar o disposto no art. 3º, inciso III, da Lei nº 10.520/2002, que assim dispõe:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

III - Dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados.

Portanto, conforme evidenciado sequer foi possível aferir quais os parâmetros usados pela Prefeitura Municipal para fixar a estimativa do valor de contratação.

Ante o exposto, esta Unidade Técnica conclui pelo não acolhimento da arguição recursal de regularidade da planilha de estimativa de preços unitários, opinando pela manutenção da decisão do acórdão.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, à peça nº 10 do SGAP, concluiu pela improcedência do Recurso, conforme fundamentação abaixo transcrevo:

22. Os recorrentes sustentaram que, na modalidade Pregão, não seria necessária a apresentação de planilha de preços juntamente com a publicação do edital, mas apenas na fase interna do certame.

23. No Relatório da 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, foi dito que, segundo o posicionamento do TCE-MG, é possível que a planilha de preços não esteja anexada ao Edital, desde que esteja presente na fase interna do procedimento licitatório. No entanto, o Setor Técnico observou que a Prefeitura de Pains não apresentou planilha de preços nem mesmo na fase interna.

24. Nos termos expostos exhaustivamente pelo Ministério Público de Contas, é cediço que as licitações para formação de registro de preços devem ser precedidas de ampla pesquisa de mercado, conforme preceitua o art. 15, §1º, da Lei 8.666/93.

25. Tal pesquisa tem por finalidade a formação de uma planilha que espelhe uma estimativa de preço para os itens licitados que irá orientar tanto a administração, a fim de que esta contrate por preços compatíveis com o de mercado, quanto às licitantes, quando da elaboração de suas propostas. Ademais, o §2º do art. 40 da Lei 8.666/93 afirma que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante.

26. Desse modo, o Ministério Público de Contas conclui que o recurso deve ser julgado improcedente nesse ponto.

Pois bem.

Nas modalidades licitatórias disciplinadas pela Lei nº 8.666/93, as compras deverão, sempre que possível, serem balizadas pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, precedidos, para tanto, de ampla pesquisa de mercado, tal como disposto no art. 15, V, vejamos:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Ademais, a referida Lei prevê, em seu art. 40, § 2º, inciso II, que, dentre os anexos do edital, deve estar presente o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, vejamos:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

Com efeito, em análise aos documentos arrolados aos autos da Denúncia nº 1.031.357, verifico que o edital do Pregão Presencial nº 066/2017, publicado pela Prefeitura do Município de Pais (fls. 68/79, peça nº 10 do SGAP, processo principal), não foi acompanhado de anexo contendo, detalhadamente, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, mas tão somente a discriminação dos 114 (cento e quatorze) itens licitados e a previsão de seus quantitativos, sem, contudo, indicar o valor unitário de cada item.

Assim, o fato acima exposto nos permite concluir que a Administração Pública se absteve de elaborar o orçamento estimado em planilhas.

Somado a isso, na esteira da análise realizada pela Unidade Técnica deste Tribunal, verifico que, tratando-se de licitação na modalidade Pregão, esta Corte de Contas vem entendendo no sentido de que a ausência do orçamento estimado em planilhas, como anexo ao edital, poderá ser suprimida pela sua apresentação na fase interna do procedimento licitatório, a exemplo da Denúncia nº 932.378, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciada na sessão da Primeira Câmara do dia 01/11/2016, conforme trechos abaixo transcrevo:

A questão da obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, como anexo do edital, sempre foi objeto de divergência na doutrina e na jurisprudência.

A própria jurisprudência do TCU, que variou entre uma e outra corrente, culminou, recentemente, por se modificar, passando a adotar como base o Acórdão nº 114/2007-P, segundo o qual, na modalidade pregão, a anexação do orçamento ao edital não é obrigatória, bastando a sua inclusão no respectivo procedimento administrativo, uma vez que a Lei nº 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária.

Acompanhando o posicionamento do TCU, este Tribunal de Contas, no julgamento do Recurso Ordinário nº 887858, deliberado na Sessão Plenária de 27/08/14, manifestou-se pela discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão, entendendo necessária apenas a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados na fase interna do procedimento licitatório.

Nesse cenário, apesar de também não estar plenamente convencido de que a discricionariedade da inclusão do orçamento ao edital do pregão seja o juízo mais adequado, curvo-me ao entendimento do Pleno e deixo de considerar ilegal a ausência de anexação, ao edital, do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, quando esse estiver presente na fase interna do procedimento licitatório, o que ocorreu no presente caso, conforme verificado às fls. 229/234v.

No entanto, em que pese a evolução de entendimento jurisprudencial, após minuciosa análise da documentação apresentada nos autos principais, não constatei qualquer documentação referente ao orçamento estimado em planilhas de preços unitários, seja em anexo ao edital licitatório, seja na fase interna do Pregão Presencial nº 66/2017.

Assim, coadunado com o estudo técnico realizado pela 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios e parecer proferido pelo Ministério Público de Contas e julgo improcedente o Recurso nesse aspecto.

Desta feita, mantenho a multa individualmente aplicada aos Recorrentes, Senhor Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pais e Senhora Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital licitatório, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro no art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/2008.

II. 2. 3 – Da exigência irregular de apresentação de amostras

O Colegiado da Primeira Câmara, em sessão do dia 06/12/2022, entendeu pela irregularidade do subitem 4.2 do Edital do Pregão Presencial nº 66/2017, Processo Licitatório nº 165/2017, sob o seguinte fundamento:

Alegou o Denunciante que a exigência de amostras, nas licitações realizadas pela modalidade pregão, devem ser exigidas somente do licitante primeiro colocado, sendo, portanto, irregular a Cláusula constante no Edital.

Esclareceram os Denunciados que a exigência de apresentação de amostra não seria uma condição para participação do certame, e que somente seria exigido da empresa vencedora que apresentasse menor preço.

No tocante ao argumento apresentado pelos defendentes não lhes assistem razão, isso porque a Cláusula 4.2 do Edital expõe que todas as empresas licitantes deverão apresentar amostras.

Conforme bem apontou a Unidade Técnica, a apresentação de amostras por todos os licitantes não encontra guarida na jurisprudência especializada sobre o assunto, senão vejamos:

Nesse mesmo entendimento, o jurista Marçal Justen Filho, em sua obra “Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico – 5ª ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Federal n. 10.520/2002 e os Decretos Federais n.º 3.555/00 e 5.450/05. – São Paulo: Dialética, 2009, pg. 136”, explica que:

Tornou-se pacífico o entendimento de ser vedada a apresentação de amostras por todos os licitantes. Essa solução infringe o princípio da proporcionalidade-necessidade, eis que somente se produz a análise da mostra apresentada pelo licitante que tenha formulado o lance de menos valor. Submeter todos os demais licitantes a apresentar amostras equivale a generalizar um encargo econômico inútil – o qual traduz num desincentivo à participação na licitação. [...]

Para tanto, considerando os bem lançados fundamentos por ela utilizados, adoto-os como razão de decidir e concluo pela procedência da denúncia quanto a esse aspecto.

Assim, restou imputada a aplicação de multa, individual e pessoal, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) aos Senhores Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pains, e Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital, ora Recorrentes.

Por sua vez, os Recorrentes afirmaram que a avaliação das amostras não se trata de condição para a participação do certame, sendo condição imputada à empresa vencedora que apresentar o menor preço.

À peça nº 8 do SGAP, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios se manifestou no sentido de que a exigência de apresentação de amostras contemplou todas as licitantes, em dissonância com o disposto no art. 4º, XI, da Lei nº 10.520/02, que prevê tal exigência para o licitante classificado, provisoriamente, em primeiro lugar.

No entanto, salientou não ter restado configurado nos autos relatos de que alguma empresa interessada tenha deixado de participar do Pregão em razão da exigência de apresentação de amostra juntamente com as propostas e, ainda, que o objeto da licitação se refere a produtos corriqueiros, de baixa complexidade e altamente disponíveis no mercado.

Por fim, opinou pela manutenção da irregularidade, contudo, pela reforma da decisão do acórdão no sentido de não aplicação de multa aos Recorrentes e pela expedição de recomendação ao Município para que observe a jurisprudência e a doutrina quanto à exigência de amostras em futuros certames, para que, caso haja motivo excepcional para a apresentação, que a exigência se direcione apenas a licitante classificada em primeiro lugar.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, à peça nº 10 do SGAP, salientou que nos autos da Denúncia nº 1.031.357, proferiu parecer entendendo pela ausência de restrição à participação do certame e pela expedição de recomendação ao Município de Pains para que, em futuros certames, direcionassem a exigência de apresentação de amostras apenas à licitante classificada em primeiro lugar.

Concluiu, assim, pela procedência do Recurso e exclusão da condenação de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) aplicada aos Recorrentes, individualmente, em razão da exigência de amostras na fase inicial do pregão.

Examino.

Inicialmente, sobreleva destacar o disposto no subitem 4.2 do Edital do Pregão Presencial nº 66/2017, deflagrado pela Prefeitura do Município de Pains, vejamos:

IV – PROPOSTA COMERCIAL – ENVELOPE Nº 1

4.2. – As empresas licitantes deverão apresentar, juntamente com a proposta comercial, AMOSTRAS dos materiais cotados, as quais serão avaliadas por profissional capacitado, que analisará a qualidade do produto e sua compatibilidade como Edital de convocação. Após a análise, as amostras dos itens vencedores não serão devolvidas as empresas licitantes, ficando o mesmo retido para conferência do item na entrega da mercadoria.
(Grifos no original)

Com efeito, o entendimento jurisprudencial acerca da matéria se molda no sentido de vedar a apresentação de amostras por todos os licitantes, uma vez que essa submissão generaliza o encargo econômico e provoca o desincentivo à participação no certame licitatório.

Nessa esteira, a fim de demonstrar o entendimento nesta Corte de Contas, apresento trechos do voto proferido nos autos do Recurso Ordinário nº 1.092.255, de Relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciado na sessão do Tribunal Pleno do dia 10/02/2021:

Verifica-se que não há em vigor, nem em nível nacional, nem local, norma que regulamente o procedimento de apresentação de amostras ou provas de teste, nas licitações. A própria possibilidade de previsão no edital de licitação de tais procedimentos não decorre de comando legislativo direto, mas sim da construção jurisprudencial, extraída da interpretação do inciso IV e do §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93.

O entendimento, há muito consolidado tanto neste Tribunal³ e no Tribunal de Contas da União-TCU⁴, fixa que poderá ser exigida a apresentação de amostras (ou a realização de

³ Processos nº 800.679, 857.874, 811.915, 880.106, 888.116, todos deste Tribunal.

⁴ Acórdãos nos 808/2003, 99/2005, 526/2005, todos do Plenário do Tribunal de Contas da União.

testes e verificações) desde que tal exigência seja feita apenas ao licitante que se apresente provisoriamente em primeiro lugar.

No caso em exame, verifica-se que o edital do Pregão Presencial 97/17 está em consonância com os parâmetros traçados pela jurisprudência, uma vez que exigiu a amostra do software apenas da empresa provisoriamente classificada em primeiro lugar, e após a fase de habilitação do pregão.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou sobre a matéria, a exemplo do Acórdão nº 2933/2016, de relatoria do Ministro Vital do Rêgo, em que restou proferido o entendimento no sentido de ser lícita a exigência de amostras apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, conforme trechos do voto abaixo transcrevo:

28. Nos termos mencionados pela unidade técnica, a jurisprudência deste Tribunal tem se consolidado no sentido de ser lícita a exigência de apresentação de amostras apenas na fase de classificação das propostas e, portanto, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar. Justifica tal entendimento o ônus gerado a todos os licitantes que, a depender do objeto, pode ser excessivo, encarecendo o custo de participação na licitação e, em consequência, restringindo o caráter competitivo dos certames. Note-se que procedimento adotado sequer atendeu ao estabelecido no normativo específico, Resolução FNDE 38/2009, que, em dissonância com a jurisprudência do TCU, estabelecia que as amostras deveriam ser apresentadas imediatamente após a fase de habilitação.

29. Ademais, a exigência de apresentação da amostra dois dias antes das datas marcadas para abertura das propostas, com a identificação da empresa e descrição do produto, acarretou a quebra de sigilo das propostas, bem como no conhecimento prévio das empresas que participariam da licitação. Resta clara a infringência ao disposto no art. 3º, §§ 1º e 3º, da Lei 8.666/1993, *verbis*:

[...]

37. Concordo com a unidade técnica que o conjunto dessas exigências, por seu caráter extremamente restritivo, comprometeu a competitividade do certame, tanto assim que para o Pregão 29/2012 compareceram somente duas empresas, uma para cada lote. Nesses termos, manifesto-me favoravelmente à proposta de aplicação ao responsável da multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

Conforme entendimento do Conselheiro José Alves Viana, proferido nos autos principais, o subitem 4.2 do edital licitatório prevê, juntamente com as propostas, a apresentação de amostras dos itens vencedores, por parte das empresas licitantes, em confronto aos entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

No entanto, em análise à Ata do Pregão Presencial nº 066/2017 (fls. 294/295, peça nº 11 do SGAP, processo principal), verifico que 4 (quatro) licitantes foram credenciados e vencedores do certame. Ainda, constato que tal previsão editalícia não foi objeto de recurso administrativo por parte dos licitantes.

Assim, na esteira da análise realizada pela Unidade Técnica (peça nº 8 do SGAP) e do parecer proferido pelo Ministério Público (peça nº 10 do SGAP), em que pese ter restado configurada a irregularidade do subitem 4.2 do edital licitatório, entendo não ter restado demonstrado restrição ao certame, motivo pelo qual dou provimento ao Recurso Ordinário apenas para afastar a multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) aplicada aos Recorrentes.

No entanto, recomendo aos gestores públicos que, nos futuros procedimentos licitatórios, observem o entendimento jurisprudencial no sentido de exigir, quando for o caso, a

apresentação de amostras apenas dos licitantes provisoriamente classificados me primeiro lugar.

II. 2. 4 – Da ausência de prejuízo ao certame

Os Recorrentes afirmaram que as irregularidades reconhecidas no Acórdão recorrido não possuem natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e que, não restou comprovado dano ao erário, requerendo, assim, o afastamento da multa prevista no art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/2008. Subsidiariamente, requereram a minoração do valor da multa aplicada.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, à peça nº 8 do SGAP, não apresentou manifestação sobre esse ponto.

Na mesma esteira, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não opinou sobre o apontamento (peça nº 10 do SGAP).

Pois bem.

Inicialmente, no que tange a aplicação de sanção, cumpre destacar que a competência deste Tribunal de Contas independe da constatação de dano ao erário, conforme se depreende do texto normativo da Lei Complementar nº 102/2008, *in verbis*:

Art. 83. O Tribunal, ao constatar irregularidade ou descumprimento de obrigação por ele determinada em processo de sua competência, poderá, observado o devido processo legal, aplicar, isolada ou cumulativamente, as seguintes sanções:

I - multa;

[...]

Art. 85. O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) aos responsáveis pelas contas e pelos atos indicados a seguir, observados os seguintes percentuais desse montante:

[...]

II - até 100% (cem por cento), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

As sanções previstas na legislação desta Corte de Contas possibilitam sejam os responsáveis apenados em razão da prática de ato **“com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial”**, nos termos do art. 318, inciso II, da Resolução nº 12/2008 (grifo nosso).

Nesse sentido, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, I, veda aos agentes públicos a inclusão de cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo da licitação, nesses termos:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

[...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de

sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Grifo nosso)

Ainda, o art. 40 da Lei nº 8.666/93 materializa a importância de se elaborar corretamente o edital licitatório, dispondo de elementos que deverão estar presentes no instrumento convocatório, a fim de evitar futuros problemas advindos de sua elaboração defeituosa.

Nessa seara, o art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), dispõe que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

Sobreleva destacar o *caput* do art. 12 do Decreto nº 9.830/19, que regulamentou o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/42, assim prevê:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

No caso dos autos, a responsabilização dos Recorrentes em relação às irregularidades apontadas, referentes ao Pregão Presencial nº 66/2017, Processo Licitatório nº 165/2017, é patente, uma vez que afrontam expressas normas legais.

Diante das irregularidades que envolvem o edital e, sendo os Recorrentes, Senhor Marco Aurélio Rabelo Gomes e Senhora Solange Maria Valadão de Sá, Prefeito do Município de Pains e Pregoeira e subscritora do edital, respectivamente, resta configurada a responsabilidade dos agentes públicos.

Ademias, entendo que os valores das multas aplicadas aos responsáveis, pelas irregularidades referentes à insuficiência do Termo de Referência como anexo do edital licitatório e ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna do certame, representam valor ínfimo em relação ao montante despendido na contratação considerada irregular.

Além disso, o valor da multa cominado aos responsáveis foi inferior a 2% (dois por cento) do valor máximo previsto no art. 85, II, da Lei Complementar nº 102/2008, atualizado pela Portaria nº 16/PRES./2016, que corresponde ao importe de R\$ 58.820,00 (cinquenta e oito mil e oitocentos e vinte reais), não havendo que se falar em desproporcionalidade

Diante do exposto, deixo de acolher as razões recursais por entender pela razoabilidade e proporcionalidade da multa aplicada aos Senhores Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pains, e Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital licitatório.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **voto pelo provimento parcial** do Recurso Ordinário para afastar a multa individual e pessoal aplicada pela Primeira Câmara, na Sessão do dia 06/12/2022, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), ao Senhor Marco Aurélio Rabelo Gomes, Prefeito do Município de Pains e à Senhora Solange Maria Valadão de Sá, Pregoeira e subscritora do edital do Pregão Presencial nº 66/2017, Processo Licitatório nº 165/2017, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Pains, relação ao item relativo à exigência irregular de apresentação de amostras.

Recomendo aos atuais gestores públicos que, nos futuros procedimentos licitatórios, observem o entendimento jurisprudencial no sentido de exigir, quando for o caso, a apresentação de amostras apenas dos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar.

Mantenho a decisão proferida e, conseqüentemente, a multa aplicada aos Recorrentes, pessoal e individual, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), por cada uma das seguintes irregularidades:

- a) Insuficiência do Termo de Referência como anexo do edital licitatório;
- b) Da ausência de planilha de estimativa de preços unitários na fase interna.

Intimem-se as partes e seus procuradores, conforme o disposto no art. 166, II, e § 1º, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas. Os Recorrentes, Senhor Marco Aurélio Rabelo Gomes e Senhora Solange Maria Valadão de Sá deverão ser intimados, ainda, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão, efetue e comprove o recolhimento do valor devido, na forma prevista no *caput* do art. 365 do mesmo diploma regimental.

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

É como voto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Senhor presidente, vou pedir vênia ao relator para dar provimento ao recurso em maior extensão e afastar a multa aplicada pela Primeira Câmara, sessão do dia 06/12/22, ao Senhor Marco Aurélio Rabelo Gomes, prefeito do Município de Pains, porquanto as irregularidades que lhe foram atribuídas têm caráter técnico e procedimental, todas atinentes [às fases interna e externa] do procedimento licitatório.

Na verdade, tratam-se de atos que em regra devem mesmo ser praticados por outros servidores em virtude do instituto da desconcentração administrativa. Não seria razoável, [compreendo], exigir do chefe do Poder Executivo que fosse jurídico e materialmente responsável por [todos os] atos dessa natureza, embora lhe caiba sempre uma competência hierárquica residual de natureza controladora.

Fato é que não há indícios de que o prefeito tenha concorrido na prática das irregularidades ou que evidencie seu erro grosseiro em relação ao procedimento licitatório.

Quanto aos demais pontos, acompanho o relator.

É como voto, Excelência.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Senhor Presidente, nesse sentido, vou fazer coro e acompanhar a divergência aberta pelo Conselheiro Cláudio Terrão.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Com o Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR. VENCIDOS PARCIALMENTE OS CONSELHEIROS CLÁUDIO TERRÃO E MAURI TORRES.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

* * *

sb/fg

