

Processo: 1144610
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Órgão: Prefeitura Municipal de São Gonçalo do Pará
Processo referente: Representação n. 1082432
Interessado: Wallison Willian Guimarães
Procurador: Juliano Toledo Santos, OAB/MG 101.657
MPTC: Procurador Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

TRIBUNAL PLENO – 08/11/2023

RECURSO ORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCE. PRELIMINAR. RECURSO ADMITIDO. MÉRITO. ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXEQUIBILIDADE DOS DESCONTOS OFERTADOS. COMINAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO. RECURSO NÃO PROVIDO. ARQUIVAMENTO.

1. O conceito de “manifesta inexecuibilidade” é aberto, concedendo liberdade de atuação ao intérprete e ao agente público que conduz o certame, de modo que, uma vez ausentes requisitos objetivos de configuração da inexecuibilidade (tanto na lei quanto no edital), a atuação do pregoeiro é discricionária, e, por isso, sua escolha não configura negligência passível de punição.
2. Não é legítimo pretender punir o agente público quando a lei não lhe impunha a obrigação de agir de determinado modo, mas, ao contrário, lhe conferiu discricionariedade para atuar no caso concreto. É de se sublinhar que o art. 48, II, da Lei n. 8666/93 requer suplementação pelo edital, o que não ocorreu no caso concreto.

ACÓRDÃO

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

- I) conhecer do presente recurso, preliminarmente, considerando que a parte é legítima, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n. 102/2008;
- II) negar provimento, no mérito, ao recurso interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por considerar que a decisão recorrida se encontra compatível com as provas constantes dos autos e com a melhor jurisprudência e legislação de regência;
- III) determinar, cumpridas as disposições regimentais, o arquivamento dos autos, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

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

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

Plenário Governador Milton Campos, 08 de novembro de 2023.

GILBERTO DINIZ
Presidente

MAURI TORRES
Relator

(assinado digitalmente)

TRIBUNAL PLENO – 08/11/2023

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso ordinário interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em face da decisão proferida pelo colegiado da Segunda Câmara, na sessão de 7/3/2023, nos autos da Representação n. 1.082.432, conforme súmula do acórdão disponibilizado no Diário Oficial de Contas - DOC de 28/3/2023, nos seguintes termos:

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) afastar, na preliminar, a inépcia da inicial suscitada pela empresa Tratorenzoo Comércio e Serviços Ltda. – EPP e pelo Sr. Ronaldo Cordeiro Soares, vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade dispostos nos arts. 301, § 1º, c/c art. 311, ambos do Regimento Interno desta Corte, conforme consta na fundamentação desta decisão;

II) afastar a preliminar de cerceamento de defesa e nulidade processual, uma vez que todos os responsáveis tiveram plenamente assegurados a ampla defesa e o contraditório após a citação e a disposição dos autos físicos e eletrônicos, sendo oportunizada a cópia dos autos, conforme consta na fundamentação desta decisão;

III) afastar a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pelo Sr. Wallison Willian Guimarães, vez que o pregoeiro é parte legítima para figurar no polo passivo do processo de controle quando estiver sob análise matéria sob sua competência na qualidade de agente público, conforme consta na fundamentação desta decisão;

IV) excluir do polo passivo da ação, o Sr. Jorge Luiz Lacerda, sócio administrador da Continental Veículos e Peças Eireli, que faleceu no ano de 2019, conforme consta na fundamentação desta decisão;

V) reconhecer, na prejudicial de mérito, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação ao Pregão Presencial n.23/2013 e n 37/2014, com fundamento no art. 110-E c/c arts. 110-F e 110-C, V e VI, da Lei Orgânica deste Tribunal, alterada pela Lei Complementar n. 133/2014 e, a teor dos mesmos dispositivos regimentais, reconhecer também a prescrição da pretensão ressarcitória, conforme interpretação dada ao Tema n. 899 do STF pela maioria dos membros do Tribunal de Contas.

VI) acolher, na prejudicial de mérito, a proposição do Ministério Público junto ao Tribunal e excluir do polo passivo desta ação de controle as sociedades: “Futura Veículos e Tratores Eireli”, “Retengrol Comércio de Peças e Serviços Eireli” e “Mundial Máquinas e Veículos Eireli”, porquanto teriam participado tão somente de referidos certames;

VII) julgar improcedente a representação, no mérito, quanto aos Pregões Presenciais n. 25/2015 e n. 24/2016, promovidos pelo município de São Gonçalo do Pará.

VIII) recomendar aos atuais gestores que nos ulteriores procedimentos licitatórios, realizem cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, e se atentem a avaliar a exequibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado;

IX) determinar a intimação das partes do teor desta decisão, conforme art. 166, §1º, I, do Regimento Interno;

X) determinar, após tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, I, do Regimento Interno.

Em suas razões recursais (peças 1 e 2 do Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP), o Ministério Público junto ao Tribunal pretende a reforma do acórdão proferido para: a) reconhecer inexecutabilidade dos descontos ofertados nos certames licitatórios objeto da Representação (com cominação de multa); b) reconhecer configuração de negligência na fiscalização de certames licitatórios, em decorrência de suposta caracterização de propostas inexequíveis (com cominação de multa); e c) condenar o Sr. Wallison Willian Guimarães, então pregoeiro municipal, ao pagamento de multa, imputando-lhe responsabilidade pelas ilegalidades narradas nos itens anteriores em face de suposta negligência diante da apresentação de propostas inexequíveis.

O recurso foi liminarmente admitido, tendo sido intimado o Sr. Wallison Willian Guimarães, Pregoeiro à época, para que se manifestasse, caso entendesse necessário, com fundamento no parágrafo único do art. 325 da Resolução nº 12, de 2008, peça 5 do SGAP.

O interessado se manifestou às peças 10/11 do SGAP, conforme certidão de juntada da Secretaria do Pleno, peça 14 do SGAP.

Em seguida, os autos foram encaminhados à Unidade Técnica que elaborou o relatório, peça 17 do SGAP, e ao Ministério Público junto ao Tribunal que emitiu o parecer, peça 19 do SGAP.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - Admissibilidade

Preliminarmente, conheço do presente recurso, considerando que a parte é legítima, que o recurso é próprio e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos na Lei Complementar n.102/2008.

II.2 - Mérito

Em suas razões recursais o *Parquet* de Contas requereu a reforma da decisão proferida na Representação n. 1.082.432 para se reconhecer a inexecutabilidade das propostas ofertadas pelas licitantes nos Pregões Presenciais n. 025/2015 e 2024/201, objeto da representação de origem.

Segundo o recorrente os descontos oferecidos nos certames eram excessivamente altos, ultrapassando 60%, sendo que um deles chegou a 99%, conforme demonstrado na tabela exemplificativa acostada à pág. 4 da peça recursal (peça 1 do SGAP).

Nesse viés, afirmou que o excessivo percentual de descontos imposto culminou, não apenas na inexecutabilidade das propostas apresentadas, como também, em negligência do pregoeiro por se furtar ao dever legal de aferir sua executabilidade.

Nesse sentido, o recorrente segue argumentando o seguinte:

Pois bem. Além dos fundamentos já expostos, deve-se destacar que o reconhecimento da inexecutabilidade das propostas se divide nas seguintes etapas:

- (i) em primeiro lugar, constata-se a apresentação de proposta com valores excessivamente baixos, ou, no caso em apreço, descontos excessivamente altos, o que faz incidir a presunção de que tal proposta é inexequível;
- (ii) em segundo lugar, considerando se tratar de **presunção relativa**, que admite prova em contrário, e que o ônus de comprovar a executabilidade é do licitante, deve ser

oportunizada a apresentação de esclarecimentos e documentos comprobatórios pelo licitante, de forma a afastar tal presunção;

(iii) em terceiro lugar, após apresentados os documentos e esclarecimentos pertinentes pelo licitante, deve ser afastadas ou mantida a presunção de inexequibilidade. Tendo o licitante êxito na comprovação de exequibilidade de sua proposta, a presunção será afastada. Não tendo êxito, a presunção será mantida, com o reconhecimento da inexequibilidade da proposta.

[...]

Assim, considerando que **incide presunção de inexequibilidade** sobre as propostas impugnadas na representação, que o ônus da prova para elidir tal presunção era das licitantes e/ou da Administração, e que não foi comprovada a exequibilidade, **por decorrência lógica a presunção de inexequibilidade foi mantida, não existindo elementos para afastá-la.**

Alegações do interessado

O Sr. Wallison Willian Guimarães, Pregoeiro à época, à peça 15 do SGAP, alegou, em síntese, que as razões do recorrente não devem prosperar, pois, não foram apresentados elementos e provas capazes para infirmar a decisão proferida. Salientou, ainda, que o art. 4º da Lei 10.520/02 o autoriza a estabelecer negociação com os licitantes, no intuito de obter os melhores preços, sem balizar quaisquer limites em relação ao preço de referência.

Para corroborar seus argumentos, ressaltou o seguinte:

Como muito bem ressaltado na decisão recorrida, embora tenha sido aceito o desconto de 99% (noventa e nove por cento) sobre o valor estipulado pela Administração sem que tenha havido indagação sobre a exequibilidade da proposta, das fls. 51/72 da Peça nº 63 do SGAP **constam os relatórios do Sicom relativos às notas de empenho e liquidação relativamente às compras realizadas pelo Município junto às sociedades vencedoras dos pregões, e delas não se aponta nenhuma compra realizada junto à Minas Fiat, justamente a que ofereceu desconto de 99% (noventa e nove por cento), não havendo irregularidade na conduta do Recorrido. (grifo nosso)**

Em relação aos demais descontos ofertados, como consta na decisão recorrida, não destoam da razoabilidade, não tendo nem mesmo o Recorrente os destacado como inexequíveis ou causadores de dano ao erário.

Seguiu argumentando que não houve qualquer ilegalidade na conduta do recorrido que pautou sua atuação pela boa fé e não gerou qualquer prejuízo ao erário, portanto, não se pode perquirir punição para aquele que age sem dolo, o que esbarra na impossibilidade de responsabilização objetiva.

Afirmou que o Tribunal de Contas da União já externou entendimento de que proposta com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro, não conduz necessariamente à sua inexequibilidade, pois esse fato pode estar relacionado à estratégia comercial da empresa.

Citou doutrina de Marçal Justen Filho (*in* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 871, nos seguintes termos, *in verbis*:

(...), a questão da proposta inexequível somente adquire relevância jurídica quando colocar em jogo o interesse público. Vale dizer, se uma proposta de valor irrisório for plenamente executável por um particular, não estará em jogo o interesse público. A proposta não deverá ser excluída do certame. Aliás, observe-se que a eliminação de ofertas de valor reduzido pode configurar, por si só, uma ofensa aos princípios da competição leal. Num sistema capitalista, os agentes econômicos são livres para formular propostas e, ao longo da

competição pela clientela, promover a redução contínua de seus preços. Logo, impedir uma prática essencial ao capitalismo caracteriza uma distorção do processo de competição, em que se pretende impedir a obtenção de contratação por aquele que formula a proposta de menor valor.

Asseverou, ainda, que o *Parquet* de Contas não demonstrou que os preços ofertados se referem a peças paralelas e muito menos se desincumbiu do ônus de carrear aos autos a tabela adequada, tendo utilizado tabela publicada por revista, desprovida de fé pública.

O recorrido concluiu que não constam nos autos elementos capazes de fazer concluir por possível inexecuibilidade de proposta, tampouco há provas de que os descontos tenham dado causa ao descumprimento de obrigações contratuais pactuadas.

Enfatizou, também, que se o particular atua com prejuízo financeiro, isso, por si só, não configura infração à atividade econômica. Endossou seus argumentos discorrendo que a tutela jurídica da concorrência apenas será aplicável quando a redução dos preços for instrumento de abuso de poder econômico, consistente em tentativa de frustrar a competição para domínio do mercado.

Por fim, requereu a improcedência do recurso e a manutenção do acórdão proferido.

Análise

A Unidade Técnica concluiu que o recurso deve ser improvido, mantendo-se o acórdão recorrido por seus próprios fundamentos, uma vez que compatível com a melhor jurisprudência e legislação de regência, conforme trecho do relatório, à peça 17 do SGAP, abaixo destacado:

Os argumentos recursais flutuam entre a configuração da inexecuibilidade das propostas apresentadas (em decorrência do alto índice dos descontos apresentados) e negligência do pregoeiro por não questionar a inexecuibilidade ou diligenciar neste sentido. O reconhecimento da inexecuibilidade das propostas, portanto, constitui requisito para a procedência da pretensão punitiva em relação ao pregoeiro.

Ocorre que a inexecuibilidade de uma proposta em certame licitatório não é presumida, pois, à luz da Súmula 262 do TCU, o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei n. 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração conceder à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Neste sentido, é firme a jurisprudência do TCU no sentido de impedir que o pregoeiro realize juízo acerca de inexecuibilidade sem a convocação do licitante para se manifestar a respeito¹, deferindo ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, por meio de documentos (o que se alinha à previsão das Lei Federal n. 8.666/96, Art. 48, II, além de constituir principal fundamento da peça recursal).

Diante desta constatação, uma vez que não houve aferição de exequibilidade das propostas no bojo dos certames licitatórios impugnados, tampouco veio aos autos qualquer documento que demonstre serem as propostas inexecuíveis, não há como concluir por sua

¹ 1 Acórdão nº 589/2009 - 2ª Câmara, Sessão de 03/03/2009, Ata nº 05/2009, Proc. nº 030.159/2008-0, in DOU de 06/03/2009 - Acórdão nº 1679/2008 - Plenário, Sessão de 13/08/2008, Ata nº 32/2008, Proc. nº 014.804/2007-2, in DOU de 18/08/2008 - Acórdão nº 1616/2008 - Plenário, Sessão de 13/08/2008, Ata nº 32/2008, Proc. nº 010.729/2005-1, in DOU de 18/08/2008 - Acórdão nº 294/2008 - Plenário, Sessão de 27/02/2008, Ata nº 05/2008, Proc. nº 028.145/2007-9, in DOU de 03/03/2008 - Acórdão nº 287/2008 - Plenário, Sessão de 27/02/2008, Ata nº 05/2008, Proc. nº 012.872/2007-3, in DOU de 03/03/2008.

inexequibilidade no bojo deste Recurso Ordinário, visto que não vieram aos autos provas satisfatórias neste sentido.

Em outras palavras, o alto percentual de desconto, por si só, não configura manifesta inexequibilidade, afastando a tese recursal. Não há que se falar em manifesta inexequibilidade das propostas quando, na verdade, não consta nos autos sequer o preço de referência das tabelas utilizadas e o preço relativo às propostas ofertadas, sendo forçoso concluir que, apenas pelo percentual de desconto, as propostas eram inexequíveis.

A declaração de inexequibilidade das propostas, portanto, depende de prova inequívoca neste sentido, o que não foi feito no bojo deste processo.

Em que pese a solidez dos argumentos recursais, não é crível que a Corte de Contas declare inexequibilidade de proposta sem nenhum elemento sólido de convicção, sobretudo porque ausentes documentos indispensáveis a tal conclusão e, além disso, já se passaram diversos anos da realização dos certames licitatórios. É dizer, portanto, que a análise da exequibilidade deve ser feita à luz da realidade fática e circunstancial da época, o que impede sua realização neste momento, à mingua de qualquer comprovação técnica neste sentido.

[...]

Considerando a linha de inteligência adotada por esta Corte de Contas, somado ao fato de que não há nos autos elementos probatórios suficientes a comprovar a inexequibilidade das propostas, inexistindo prejuízo ao erário e descumprimento contratual por parte dos licitantes vencedores, não há como prosperar o recurso.

Além disso, o recorrente argumentou no sentido de que o pregoeiro agiu com negligência por não ter diligenciado para aferir a exequibilidade das propostas, diante dos altos descontos concedidos e de manifesta inexequibilidade. No entanto, tal conduta, por si só, não configura negligência passível de punição por esta Corte de Contas, tendo em vista que os editais licitatórios não continham elementos, condições e requisitos para parametrizar a atuação do pregoeiro no sentido de aferir a exequibilidade.

Como bem enfatizado no acórdão recorrido, o conceito de “manifesta inexequibilidade” é aberto, concedendo liberdade de atuação ao intérprete e ao agente público que conduz o certame, de modo que, uma vez ausentes requisitos objetivos de configuração da inexequibilidade (tanto na lei quanto no edital), a atuação do pregoeiro é discricionária, e, por isso, sua escolha não configura negligência passível de punição.

No caso dos autos, o pregoeiro não reconheceu a inexequibilidade e, ainda que suspeitasse de sua ocorrência, necessitaria de cláusulas específicas do edital para amparar as diligências cabíveis. Estando ausentes tais cláusulas, o pregoeiro não dispunha de meios eficazes para diligenciar e deliberar acerca da exequibilidade dos lances.

Ademais, cabe destacar o que prescreve a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 20 Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

[...]

Deste modo, o edital não impõe limites, obrigações, requisitos ou condições de aceitação da proposta, motivo pelo qual o pregoeiro não tinha, naquele momento, condições ou amparo jurídico para questionar a exequibilidade das propostas apresentadas.

Estas mesmas regras estão presentes no Pregão Presencial n. 035/2016, devidamente consubstanciadas nos mesmos itens do edital, visto que os documentos são similares.

Deste modo, nem a lei, tampouco os editais, impunham ao pregoeiro o dever de agir de determinado modo, não estando caracterizada (material ou presumivelmente) qualquer negligência passível de punição por esta Corte.

Pro derradeiro, o fato de os descontos serem excessivamente elevados não implica no reconhecimento de que as peças não eram genuínas ou originais, análise que resta prejudicada neste recurso diante da ausência das tabelas oficiais das montadoras utilizadas à época, documentos não carreados.

Além de tudo, a questão há de ser apreciada com lastro nos documentos inclusos no processo, e, neste particular, não se evidencia nenhuma prova de que a inexecuibilidade² tenha gerado qualquer tipo de dano ao município contratante. Desta forma, além de não estar demonstrada a alegada inexecuibilidade, esta apenas favoreceu o ente público com contratação menos onerosa (e que sequer ensejou pedido do objeto contratual por parte do município, que, a despeito da lavratura da ata, não adquiriu as peças oferecidas com maior desconto).

Arguir que as peças ofertadas poderiam ser usadas ou do mercado paralelo, como fez o recorrente (peça n. 1, p. 12, parágrafo 53), não tem o condão de assentar reforma da decisão recorrida, visto que, apesar de uma argumentação coerente, tal tese não se coaduna com a prova produzida.

Em face destes argumentos, esta Coordenadoria entende pela improcedência recursal.

Como bem salientou a Unidade Técnica em seu relatório, que adoto com fundamento para decidir, o acórdão proferido nos autos da Representação 1.082.432 (peça 96 do SGAP) se encontra embasado na melhor doutrina e jurisprudência sobre o tema, o que respalda e justifica de maneira suficiente a decisão proferida pelo colegiado da Segunda Câmara no sentido de que o percentual de desconto (ainda que elevado) não faz configurar, por si só, a “manifesta inexecuibilidade”.

Ademais, a irrisignação do recorrente não se encontra amparada no conteúdo probatório dos autos de origem, tampouco em provas apresentadas no presente recurso, sendo, portanto, inviável a reforma da decisão para se declarar a inexecuibilidade das propostas com base em mera presunção, sem que sejam carreadas aos autos provas da sua efetiva ocorrência.

Nesse sentido, releva destacar que, com a alteração da Lei de Introdução ao Código Civil - LINDB pela Lei n. 13.655/2018, o legislador buscou instituir maior segurança jurídica nos julgados proferidos em âmbito judicial, administrativo e por órgãos de controle, evitando que sejam tomadas decisões sem levar em consideração a análise da realidade dos fatos no caso concreto e as consequências práticas das decisões.

Como bem destacou a Unidade Técnica, o art. 20 da mencionada lei estabelece que quando da tomada de decisão o julgador não deve decidir com base em valores jurídicos abstratos, devendo adequar a concretização das normas às situações da realidade prática, em face das possíveis alternativas.

Desse modo, considero que não merece ser acolhida as alegações recursais do *Parquet* para alterar o acórdão e aplicar multa ao Sr. Wallison Willian Guimarães, Pregoeiro à época, uma vez que não constam nos autos elementos capazes embasar a conclusão por possível

² Que é meramente presumida, sem constatação de sua ocorrência

inexequibilidade das propostas, tampouco há provas de que os descontos tenham dado causa a descumprimento de obrigações contratuais por parte dos licitantes vencedores.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica, **nego provimento** ao recurso interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por considerar que a decisão recorrida se encontra compatível com os as provas constantes dos autos e com a melhor jurisprudência e legislação de regência.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

* * * * *

emm/tp

