

INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA

Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos

AULA 2

Responsabilidade de agentes
em licitações

© Copyright 2013, Tribunal de Contas de União

<www.tcu.gov.br>

Permite-se a reprodução desta publicação, em parte ou no todo, sem alteração do conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO

Tribunal de Contas da União
Secretaria Geral da Presidência
Instituto Serzedello Corrêa
2a Diretoria de Desenvolvimento de Competências
Serviço de Planejamento e Projetos Educacionais

CONTEUDISTAS

Guilherme Barbosa Netto
Maurício Oscar Bandeira Maia

TRATAMENTO PEDAGÓGICO

Flávio Sposto Pompeo

RESPONSABILIDADE EDITORIAL

Tribunal de Contas da União
Secretaria Geral da Presidência
Instituto Serzedello Corrêa
Centro de Documentação
Editora do TCU

PROJETO GRÁFICO

Ismael Soares Miguel
Paulo Prudêncio Soares Brandão Filho
Vivian Campelo Fernandes

DIAGRAMAÇÃO

Vanessa Vieira

NOTA

Este material teve por base a Apostila “Jurisprudência e Prática sobre a Responsabilização de Agentes perante o TCU”, elaborada por Guilherme Barbosa Netto, Marcelo Mattos Sherrer, Paulo Vinhas L. Júnior e Rafael Lopes Torres.

Atenção!

Este material tem função didática. A última atualização ocorreu em junho de 2013. As afirmações e opiniões são de responsabilidade exclusiva do autor e podem não expressar a posição oficial do Tribunal de Contas da União.

Aula 2 - Responsabilidade de agentes em licitações

*Quais as atribuições legais da comissão de licitação e dos demais agentes que trabalham na consecução do certame licitatório?
Como o membro da CPL pode ter sua responsabilidade afastada em face de ato irregular no certame?
Verificado grave ato irregular na licitação os membros da CPL e o autor do edital devem necessariamente por ele responder?
Aquele que assinou o Edital responde por todas as irregularidades nele presentes?*



Nesta aula, estudaremos as atribuições que a Lei 8.666/93 conferiu aos membros da comissão de licitação e a demais atores do certame licitatório.

Examinaremos na jurisprudência do TCU situações que caracterizam falta relevante imputável a tais agentes e outras situações em que o ato irregular não lhes pode ser atribuído.

O tema tem particular importância, pois chamar indevidamente um determinado agente para apresentar defesa - em vez do agente que realmente deve responder pelo ato - implica ineficiência, podendo resultar infrutífera a atuação da Corte de Contas.

Para facilitar o estudo, este tópico está organizado da seguinte forma:

AULA 2 – RESPONSABILIDADE DE AGENTES EM LICITAÇÕES	3
1. RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DE COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO 5	
1.1. Legislação	6
1.2. Doutrina	7
1.2.1. Atribuições da Comissão	7
1.2.2. Responsabilidade Solidária dos Membros da Comissão	8
1.3. Jurisprudência do TCU	9
1.3.1. Responsabilidade por fraude à licitação e superfaturamento	9
1.3.2. Responsabilização da CPL por negligência no exercício de suas funções	11
1.3.3. Exclusão de responsabilidade - Definição do Objeto	13
1.3.4. Exclusão de responsabilidade - Vícios no Projeto Básico	15
1.3.5. Exclusão de responsabilidade - Pesquisa de Preços	16
1.3.6. Exclusão de responsabilidade – Discordância expressa e fundamentada	16
2 - RESPONSABILIDADE DO PREGOEIRO E DA EQUIPE DE APOIO	17
2.1. Legislação	18

2.2. Doutrina	19
2.2.1. O Pregoeiro	20
2.2.2. A “equipe de apoio”	21
2.3. Jurisprudência do TCU	22
2.3.1. Exclusão de responsabilidade por ato que não se insere no rol das atribuições.....	22
2.3.2. Responsabilidade por inobservância às regras definidas no edital e na legislação pertinente, na condução do pregão.	24
3. RESPONSABILIDADE DE QUEM ELABORA O EDITAL	26
3.1. Legislação	27
3.2. Doutrina	30
3.3. Jurisprudência do TCU	31
3.3.1. Responsabilidade pela inclusão de exigências indevidas no edital. ...	31
4. RESPONSABILIDADE DE QUEM HOMOLOGA O CERTAME LICITATÓRIO E ADJUDICA O OBJETO LICITADO	36
4.1. Legislação	37
4.2. Doutrina	37
4.3. Jurisprudência do TCU	39
4.3.1. Responsabilidade por aceitação de proposta com alteração, ocorrida após a fase de lances, em desacordo com o edital.	39
4.3.2. Responsabilidade por fraudes em procedimentos licitatórios	41
4.3.3. Exclusão de responsabilidade da autoridade que homologa o certame, por falhas surgidas na execução do contrato	44
4.3.4. Dever da autoridade de checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica	47
SÍNTESE	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

Ao final desta aula, esperamos que você tenha condições de

- Descrever as atribuições legais dos membros da CPL e demais agentes.
- Perceber, a partir do exame da jurisprudência, os cuidados necessários para a correta identificação do agente que infringiu determinado dever jurídico.
- Realizar a adequada análise de responsabilização dos agentes que atuam na licitação.
- Descrever condutas de responsáveis (ação ou omissão dolosa ou culposa).

Pronto para começar? Então, vamos.

1. Responsabilidade dos membros de comissão permanente de licitação

Vimos que a responsabilidade decorre em regra da violação de um dever jurídico a que estava submetido o agente. Cabe então indagar: quais são os deveres atribuídos aos membros da Comissão Permanente de Licitação?

A Lei nº 8.666/1993, no art. 6º, inciso XVI, estabelece que essa comissão tem a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes. Ao longo do referido diploma legal, encontraremos outros dispositivos que tratam de procedimentos que devem ser adotados pela comissão. Assim, é fundamental identificar quais são os deveres atribuídos a tais agentes, lembrando que é possível que normas internas do órgão ou da entidade da Administração Pública disciplinem tarefas que devem ser desempenhadas pelos agentes envolvidos no certame.

Ao tratar da responsabilidade dos membros das comissões de licitação, a Lei de Licitações e Contratos, no § 3º do art. 51, estipula que tais agentes responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente, devidamente fundamentada, estiver registrada em ata da reunião em que a decisão tomada foi contraditada. Assim, os membros da comissão responderão pelas consequências decorrentes da decisão tomada, como se tivessem adotado tal conduta de maneira individual.

O membro da comissão estará excluído de responsabilidade se efetivamente restar demonstrado que não agiu, ao menos, com culpa. Ou, ainda, conforme disposto no retrocitado dispositivo legal, se, expressa e justificadamente, tomar posição individual divergente da adotada pela comissão de licitação, consoante razões consignadas em ata da reunião em que a aludida decisão foi tomada. É de se destacar que não basta a mera discordância oral com o posicionamento da comissão de licitação ou o fato de que se absteve de votar. A divergência deve ser expressa, devidamente justificada, registrada em ata e indicadora de uma posição individual contrária.

Vale lembrar ainda que o art. 82 do mencionado estatuto afirma que os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos da Lei de Licitações ou que atuem visando a frustrar os objetivos do certame estão sujeitos às sanções previstas na própria Lei “e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar”.

Atenção!

A comissão de licitação tem atribuições delimitadas pela lei, devendo os seus membros responder pelos atos irregulares praticados.



A jurisprudência do TCU tem se consolidado no sentido de que os membros das comissões de licitação, especial ou permanente, são condenados em débito solidariamente com os demais responsáveis, caso a irregularidade por eles praticada tenha nexos de causalidade com o prejuízo causado ao Erário. Nessa situação podem ser apenados com a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992.

Por outro lado, caso a irregularidade cometida não tenha contribuído para o débito, mas constitua infração a norma legal ou regulamentar, ou, ainda, aos princípios que regem a Administração Pública, surge a possibilidade de aplicação da sanção prevista no art. 58 da referida Lei.

1.1. Legislação



O art. 6º, XVI, da Lei nº 8.666/1993 contém a seguinte definição:

Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Já o art. 51 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que:

Atenção!

Três são as incumbências principais de uma comissão de licitação: decidir sobre pedidos de inscrição no registro cadastral, bem como sua alteração ou cancelamento, consoante dispõe o art. 34 da citada Lei; decidir sobre a habilitação preliminar dos interessados em participar de cada certame, na forma disposta nos arts. 27 a 31 e 43 da Lei nº 8.666/1993; julgar e classificar as propostas dos licitantes habilitados, em conformidade com o disposto nos arts. 43 a 45 da Lei nº 8.666/1993.

“A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a alteração ou o cancelamento e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

§ 1º No caso de convite, a Comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

§ 2º A Comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

§ 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

§ 4º A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

§ 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.”

1.2 Doutrina

1.2.1. Atribuições da Comissão

Sobre o tema, Jesse Torres Pereira Júnior assina o seguinte:

“O art. 51 da Lei de Licitações e Contratos define as atribuições das comissões de licitação, sejam elas permanentes (insertas na estrutura fixa da Administração) ou especiais (designadas para processar e julgar determinada licitação ou conjunto de licitações, devendo ser extintas após o cumprimento de sua função específica).”

Veja as observações de Marçal Justen Filho abaixo:

“Sob a vigência da Lei n.º 8.666, a comissão de licitação não pratica qualquer ato concreto, além da classificação. A atividade jurídica da comissão de licitação se exaure com a classificação (e com a manifestação nos eventuais recursos interpostos). Não lhe compete emitir apreciação acerca da conveniência ou inconveniência da contratação ou sobre a satisfatoriedade das propostas.¹

A Lei [n.º 8.666/1993] distingue comissões permanentes e especiais justamente em função das peculiaridades que as licitações possam apresentar. Em princípio, as atribuições das comissões permanentes são genéricas. Julgam as licitações que versem sobre objetos não especializados ou que se insiram na atividade normal e usual do órgão licitante. Surgindo situações especiais, distinguidas pelas peculiaridades do objeto licitado ou por outras circunstâncias, a Administração constituirá comissão especial. As circunstâncias que conduzem à constituição de uma comissão especial também impõem que os seus membros apresentem condições para enfrentar e superar as dificuldades envolvidas no caso.²”

Atenção!

Vinham sendo cometidas às comissões de licitação atribuições que as transformavam em órgãos consultivos ou de acompanhamento da execução de contratos. Essas atribuições são estranhas à competência própria dessas comissões, que existem para processar e julgar licitações, não para opinar se restou configurada hipótese de dispensa ou inexigibilidade nem para aplicar penalidades administrativas a empresas que hajam descumprido cláusulas contratuais, nem, ainda, para elaborar editais.¹

1 - PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 62 e 322.

2 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética. pp. 479 e 480.

1.2.2. Responsabilidade Solidária dos Membros da Comissão

A comissão de licitação é um órgão colegiado, cujas decisões são tomadas pelas manifestações de todos os seus integrantes, em conjunto, os quais têm o dever de cumprir a Lei e defender as funções atribuídas ao Estado. Mais ainda, cada membro da comissão tem o dever de opor-se à conduta dos demais integrantes quando constatar a existência de vícios.

Marçal Justen Filho tece as seguintes considerações:

“A responsabilidade solidária dos membros da comissão depende de culpa, somente havendo responsabilização se caracterizada a atuação pessoal e culposa do agente no cometimento da infração ou irregularidade ou que tenha se omitido (ainda que culposamente) na adoção na prática dos atos necessários para evitar o dano. Se o agente, por negligência, manifestou sua concordância com o ato viciado, tornou-se responsável pelas consequências dele advindas. Se, porém, ele adotou as precauções necessárias e o vício era imperceptível não obstante a diligência empregada, não há responsabilidade pessoal.

As discordâncias com os atos praticados pelos seus pares no seio de uma licitação devem ser manifestadas de forma expressa e fundamentada, com a indicação dos motivos de sua posição contrária aos demais, servindo tal conduta para obstar a responsabilização solidária daquele membro em caso de ilegalidade/irregularidade. Ao eliminar a responsabilidade solidária do integrante da Comissão em virtude da ressalva expressa, a Lei pretende que sejam tornados públicos os vícios ocorridos. Desse modo, os envolvidos no vício serão desestimulados a prosseguir na conduta desviada e se tornará mais simples a atuação dos órgãos de controle e fiscalização.

A Lei determina que a discordância conste de ata. Tem-se de reputar que, dependendo da gravidade do vício, a mera ressalva na ata não é suficiente. Se o vício caracterizar ilícito administrativo ou penal, o agente terá o dever de adotar outras providências, inclusive levando o fato ao conhecimento das autoridades competentes.

Havendo recusa da maioria em inserir a ressalva no corpo da ata, o agente deverá comunicar a ocorrência às autoridades superiores.³”

3 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética. pp. 480 e 481.

1.3. Jurisprudência do TCU

1.3.1. Responsabilidade por fraude à licitação e superfaturamento

Acórdão nº 1.235/2004 – Plenário, ratificado pelo Acórdão nº 678/2006 - Plenário e mantido mediante o não conhecimento do Recurso de Revisão pelo Acórdão nº 1.862/2006 – Plenário.

Trechos do Relatório:

“4.3.1. Um dos principais procedimentos a ser adotado por uma comissão de licitação, em especial nas licitações do tipo menor preço, deve ser a verificação da conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado (art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/93), de forma a evitar que eventual conluio entre licitantes para majorar artificialmente os preços ofertados possa passar despercebido pela comissão julgadora do certame e, conseqüentemente, trazer prejuízos ao erário.



4.3.2. Para tal, deve o processo licitatório ser precedido de pesquisa de preço de mercado para que possa ser utilizada, não só nessa verificação da conformidade do preço ofertado com o de mercado durante o julgamento da licitação, como também para servir de parâmetro de estimativa do custo da aquisição do bem ou contratação do serviço.

4.3.3. Assim, como os integrantes da comissão de licitação e o Prefeito à época inobservaram essa obrigação legal de confrontação dos preços de mercado com os preços ofertados, não há como acolher as alegações acima.

4.3.5. A Legislação é bastante clara quanto à responsabilidade solidária dos membros da comissão de licitação, conforme estabelecido no art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93. Assim, não há qualquer fundamento na alegação de que a responsabilidade por todos os atos da licitação seria exclusivamente da autoridade superior que homologou o procedimento. Isso seria considerar inócuo o dispositivo legal citado.

4.3.6. A Jurisprudência no âmbito deste Tribunal também é pacífica quanto à responsabilidade solidária dos membros da comissão de licitação quando ficar caracterizado dano ao Erário decorrente de irregularidade nas fases de habilitação e julgamento das propostas. (...)

4.3.7. Assim, considerando que competia à comissão de licitação examinar a conformidade das propostas apresentadas pelos licitantes com o preço corrente no mercado, não há como aceitar os argumentos oferecidos pelos membros da Comissão. Ressalte-se que, para evitar o superfaturamento apurado, não se exigia dos membros da comissão nenhum conhecimento técnico profundo, bastando para tanto que tivessem efetuado pesquisas de preço dos produtos no mercado. De posse desses preços de referência e com a constatação de que os preços ofertados pelos licitantes eram superiores aos pesquisados, deveria a Comissão ter desclassificado todas as propostas apresentadas, nos termos do art. 48, II, e § 3º, da Lei n.º 8.666/93. Se assim não procederam, agiram com negligência (falta de precaução), o que implica conduta culposa. (...)

4.3.9. Frise-se também que superfaturamento advindo de um contrato precedido de procedimento licitatório somente ocorre quando, no mínimo, houver culpa da comissão de licitação, que é quem, em verdade, julga e classifica as propostas ofertadas e, por conseguinte, tem o dever de tomar a precaução imposta pela Lei de efetuar pesquisa de preço de mercado previamente à realização do certame licitatório, para poder ter noção do valor que está sendo proposto à Administração Pública pelo particular. No caso de irregularidade, o próprio art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93 estabelece que a responsabilidade é solidária dos membros da comissão da licitação, salvo em caso de divergência devidamente fundamentada e registrada em ata (que não ocorreu), não havendo razão, portanto, para a individualização da conduta de cada um de seus integrantes. (...)

4.3.11. (...) A alegação de boa-fé, no entanto, mesmo que existente, não teria o condão de isentar o responsável da responsabilidade solidária pelo dano causado ao Erário, mas de conceder-lhe a oportunidade de recolhimento do débito antes do julgamento das contas, nos termos do art. 202, § 4º, do Regimento Interno/TCU. Ocorre, no entanto, que a própria responsável afirma que assinava os documentos relativos às licitações sem ter participado das sessões de abertura dos envelopes. O fato, além de caracterizar mais uma irregularidade relativa aos convites n.º 96/97 e 79/97 (ausência de reunião da comissão de licitação), deixa claro que não havia boa-fé, porque houve preterição do interesse público em prol de interesses particulares. Qualquer servidor, por mais humilde que seja, sabe que é ilegal e ilegítimo assinar uma ata de reunião, como o fez a mencionada responsável, sem que tivesse participado da respectiva sessão. As alegações, portanto, não devem ser acolhidas. (...)

4.3.14. (...) Destaque-se, também, que não ficou evidenciada a boa-fé na prática dos atos que deram origem ao dano ao Erário, principalmente a partir das alegações acima, onde se vê que os convites nº 96/97 e nº 79/97 consistiam apenas em um arranjo de documentos para simular uma licitação, tudo com o apoio, ainda que por omissão, dos membros da comissão de licitação”. (...)

7.3.13. De qualquer forma, o que se percebe das justificativas dos integrantes da comissão de licitação é que eles tinham conhecimento de que o procedimento licitatório não era regular (...).

7.3.14. Observa-se, assim, que os integrantes da comissão de licitação agiram com dolo eventual, porque assumiram o risco de produzir dano ao erário, ao aceitarem participar de uma licitação com conhecimento prévio de que se tratava de uma farsa para legalizar um procedimento suspeito. Por tal razão, suas justificativas devem ser rejeitadas.”

Houve a imposição de débito e multa.

Deliberações do TCU no mesmo sentido:

Acórdãos nº 519/1999 – 2ª Câmara; nº 447/2001 – 1ª Câmara; nº 57/2003 – Plenário; nº 322/2003 – 1ª Câmara; nº 58/2005 – Plenário; nº 693/2005 – 1ª Câmara; nº 1.907/2005 – 1ª Câmara; nº 1.184/2007 – Plenário e nº 1.185/2007 – Plenário; nº 2.407/2010 – Plenário; nº 400/2011 – Plenário (mantido pelo Acórdão nº 963/2011).

1.3.2. Responsabilização da CPL por negligência no exercício de suas funções

Acórdão nº 1.456/2011 - Plenário

Trecho do Voto:

“27. De fato, restou assente que os membros da CPL **não agiram com a devida diligência** no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de **fácil percepção**, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção. Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato.”

Explicação sintética: TCE resultante de conversão de processo de Representação, com o objetivo de apurar dano ao erário em contrato firmado com empresa construtora, tendo por finalidade a implementação de sistemas de abastecimento de água em aldeias indígenas. Dentre as irregularidades, foram constatadas as seguintes: impossibilidade de alteração de itens e quantitativos da planilha orçamentária, com a autorização de que os licitantes embutissem valores implícitos em suas propostas, violando o princípio da transparência; ausência de orçamento detalhado em planilhas com custos unitários; alterações nos quantitativos de serviços constantes da planilha orçamentária do edital; classificação, adjudicação e homologação de proposta que estabelecia preços superiores aos estimados e que continha graves erros de cálculo; ausência de comunicação oficial válida a respeito do dia, horário e local da visita técnica; aceite, como prestação da garantia contratual, de Apólice da Dívida Pública sem validade financeira; deficiências graves no projeto básico e insuficiências de informações necessárias para caracterizar a obra; ausência de fiscalização da obra; liquidação irregular de despesas, mediante o pagamento de serviços não executados e o atesto de serviços parcialmente executados. O Acórdão do TCU julgou irregulares as contas dos responsáveis pelo dano ao erário, com a condenação ao pagamento do débito, bem como aplicou sanções aos membros da CPL.

Acórdão nº 200/2011 - Plenário



Trecho do Voto:

“6. Em relação à Tomada de Preços n. 09/1999, foram realizadas as audiências dos Srs. ..., respectivamente, Presidente e membros da Comissão de Licitação em função das seguintes irregularidades:

6.1. não-publicação do resumo de edital de licitação no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação (art. 21, inciso I, da Lei n. 8.666/1993);

6.5. indícios de fraudes nas demonstrações contábeis apresentadas na fase de habilitação pela firma ...;

6.6. previsão editalícia de pagamento antecipado (arts. 60 e 68 da Lei n. 4.320/1964 e 65, inciso II, alínea c, da Lei de Licitações);

(...)

10. De fato, os responsáveis não conseguiram justificar a falta de adequada publicidade ao certame, consubstanciada pela publicação do edital, apenas, no Diário Oficial do Estado da Bahia, o que caracterizou descumprimento do art. 21, incisos I e III, da Lei de Licitações.

11. De igual modo, não restou justificada a previsão editalícia de antecipação de pagamento, que ofende a dispositivos da Lei n. 4.320/1964 (arts. 60 e 68), bem como a inércia diante dos indícios de fraudes nas demonstrações contábeis apresentadas pela firma vencedora como condição de habilitação no certame.

12. Consoante apontado pela Secex/BA, a [empresa]... omitiu receitas, deixou de contabilizar lucro líquido e apresentou, ainda, balanços patrimoniais com os mesmos valores no final dos exercícios de 1997 e 1998. Tal fato somente seria plausível caso a mencionada empresa não apresentasse nenhum movimento ao longo deste último exercício financeiro, o que não é o caso.

13. Diante da ocorrência, era de esperar que os membros da comissão de licitação, a quem, nos termos do art. 6, inciso XVI, da Lei n. 8.666/1993 cabe o exame de todos os documentos relativos ao certame, adotassem providências no sentido de questionar a empresa sobre o ocorrido.

14. O fato ganha mais relevo quando se leva em conta que, de acordo com a Secex/BA, uma das três empresas que participaram da Tomada de Preços n. 09/1999 – XXX Ltda. - foi inabilitada em função da não-comprovação da qualificação econômico-financeira, tendo em vista que o capital social apresentado era inferior ao requerido.

15. Com efeito, deveria a comissão ter agido com a mesma acurácia na análise da documentação disponibilizada pela [empresa vencedora], a qual colocava em cheque a veracidade das informações prestadas pela empreiteira, sendo, portanto, motivo bastante para a sua inabilitação”.

1.3.3. Exclusão de responsabilidade - Definição do Objeto

Acórdão nº 687/2007 - Plenário

Trechos do Relatório:

“24. Com relação à irregular contratação indireta de mão-de-obra [sem concurso público], nos parece que assiste razão aos recorrentes, uma vez que a definição do objeto a ser licitado não é atribuição legal dos membros de comissão permanente de licitação.

25. De fato, o caput do art. 51 da Lei 8.666/93 estabelece que são atribuições da comissão permanente de licitação: a habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, o julgamento e processamento das propostas. (...)



27. As atribuições dos membros de CPL - segundo a Lei e a doutrina - estariam mais intrinsecamente ligadas à fase externa do procedimento licitatório. Por esta razão, concluímos que para ocorrer a punição de qualquer de seus membros, pela definição do objeto a ser licitado (ato vinculado à fase interna da licitação), há que se: (i) comprovar que o membro da comissão participou efetivamente dessa definição; ou, (ii) verificar que a ordem para licitar o objeto era manifestamente ilegal. A nosso sentir nenhuma dessas hipóteses está presente nos autos.

28. Examinando o volume 1 (...) onde se encontram a solicitação de abertura do processo de licitação, a requisição de compra e serviço (com seus devidos encaminhamentos pelas autoridades competentes), bem como o edital da referida licitação, verificamos que em nenhum momento houve participação dos membros da comissão permanente de licitação na definição do objeto a ser licitado.

29. Encontra-se à fl. 2 do referido volume 1, solicitação de abertura de processo para contratação de serviços de produção televisiva, requerida pela Coordenação Geral de Recursos Humanos. À fl. 3, seguinte, está presente requisição de compra e serviço especificando o objeto a ser licitado. Tal requisição encontra-se assinada pelo Presidente do órgão, pelo Diretor de Administração e Finanças e pelo Coordenador Geral de Recursos Humanos. No verso da folha constata-se, ainda, as assinaturas do chefe do Núcleo de Execução Orçamentária, do Coordenador Geral de Contabilidade, Orçamento e Finanças. Posteriormente a requisição de contratação do serviço foi submetida à Consultoria Jurídica do órgão.

30. (...) verificamos nos autos a participação dos membros da comissão permanente de licitação apenas nos procedimentos afetos à fase externa da licitação. (...)

31. A ordem para licitar o objeto também não nos parece manifestamente ilegal, posto que consubstancia apenas a contratação de prestação de serviço em áreas ligadas à atividade fim daquela Fundação, que contava com o aval de todas as autoridades superiores que haviam se manifestado até o momento, inclusive da assessoria jurídica, sendo razoável supor que a comissão tomou como adequado o objeto. Caso contrário, estar-se-ia exigindo deles proficiência em matérias que não lhe são obrigatoriamente comuns, como direito constitucional, administração pública, além de conhecimentos jurídicos específicos.

32. Não entendemos que uma comissão permanente de licitação – que normalmente licita desde parafusos até computadores de última geração – tenha a obrigação de conhecer, a fundo, cada item licitado. Por esse motivo, concluímos que os membros da CPL não podem ser apenados (neste particular) por confiar na especificação do objeto, realizado pelas autoridades superiores da Fundação, e que contava com o aval da assessoria jurídica”.

Trechos do Voto:

“6. Examinando-se os argumentos dos recorrentes - ex-membros da comissão de licitação da Fundação (...) -, verifico que procedem suas alegações, no que pertine à ausência de suas responsabilidades pela contratação indireta de mão-de-obra. De fato, a definição do objeto licitado não foi nem era atribuição deles, ex-vi do caput do art. 51 da Lei 8.666/93, que a limita às seguintes atividades: habilitação preliminar, inscrição em registro cadastral, alteração ou cancelamento, julgamento e processamento das propostas.

7. A contratação irregular de mão-de-obra, sem concurso público, foi, pois, uma decisão política da administração que por ela deve responder, sozinha, ainda que apoiada em parecer jurídico da entidade.”

(Retiradas as multas aplicadas aos membros da CPL, em sede de Recurso de Revisão)

1.3.4. Exclusão de responsabilidade - Vícios no Projeto Básico

Acórdão nº 1.533/2011 - Plenário

Trecho do Voto

“27. Compulsando os fundamentos da citação realizada, verifica-se que houve oitiva por fatos que não se relacionam diretamente às atividades da Comissão, como os assuntos afetos à formulação do plano de trabalho, à má execução do contrato, bem como à escolha do método de plantio antieconômico.

(...)

29. Assim, deve ser afastada a responsabilidade dos Srs. ..., membros da Comissão Permanente de Licitação, quanto ao débito apurado.

30. Embora tenha sido afastado o débito da Comissão Permanente de Licitação, seus membros foram chamados em audiência quanto aos vícios identificados no processamento da licitação, conforme documentos de fls. 216/221, v. 1.

31. As razões de justificativa apresentadas por esses responsáveis (fls. 338/341, 349/352, v. 1) não afastam os indícios de conluio no processo licitatório, que não deveria ter passado despercebido dos membros da CPL”.



28. Quanto às irregularidades (...), entendo ser de difícil constatação da Comissão Permanente de Licitação de eventuais vícios no Projeto Básico que ensejariam sobrepreço, até porque foi confeccionado por responsável legalmente habilitado, havendo, inclusive, respaldado por técnico da unidade concedente dos recursos do Contrato de Repasse.

1.3.5. Exclusão de responsabilidade - Pesquisa de Preços.

Acórdão nº 4.848/2010 - TCU - 1ª Câmara

Trecho da Ementa

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS PARA MERENDA ESCOLAR. IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. MULTA. PEDIDOS DE REEXAME. NÃO CONHECIMENTODEUMAPEÇARECURSAL.CONHECIMENTO E PROVIMENTO DA OUTRA.

1.

2. As pesquisas de preços que dão suporte à elaboração de orçamento, à definição da modalidade de licitação e à efetivação da adequação financeira e orçamentária da despesa, devem ser realizadas previamente à adjudicação do objeto e homologação do procedimento.

3. **Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto.”**

Deliberações do TCU no mesmo sentido:

Acórdãos nº 960/2010 - Plenário, Acórdãos nº 37/1998 - Plenário, 201/2006 - 2ª Câmara, 556/2008 - 1ª Câmara, e nº 113/1998 - Plenário.

1.3.6. Exclusão de responsabilidade - Discordância expressa e fundamentada

Acórdão nº 1.780/2007 - Plenário, ratificado pelo Acórdão nº 832/2008 - Plenário

Explicação sintética da deliberação: O Presidente da Comissão de Licitação alertou a direção da entidade sobre o posicionamento do TCU a respeito da modalidade licitatória a ser utilizada na contratação de empresas para a execução de obras (Concorrência ao invés de vários Convites), bem como que a entidade já havia sido notificada pelo Tribunal, em anos anteriores, sobre a prática de fracionamento com vistas à fuga da

modalidade de licitação. Em resposta, a Diretora Administrativa determinou o prosseguimento dos referidos processos, deixando claro que qualquer responsabilização pela sua instauração ficava a cargo dos membros daquela Diretoria.

Por ser relevante a discordância apontada pelo Presidente da Comissão de Licitação e estar devidamente documentada, entendeu a Unidade Técnica que tal fato deve ser considerado como excludente de responsabilidade dos integrantes da referida comissão, recaindo a responsabilidade exclusivamente nos gestores que homologaram os processos licitatórios.

O Colegiado, considerando que o posicionamento divergente da comissão de licitação, externado pelo seu presidente, estava devidamente documentado e que qualquer atitude posterior da comissão, ante a ordem direta da direção da empresa para a adoção das providências pertinentes ao prosseguimento dos certames licitatórios, poderia ser interpretada como insubordinação, retirou a responsabilidade dos membros da CPL.

2 - Responsabilidade do pregoeiro e da equipe de apoio

O pregoeiro e a equipe de apoio tem as mesmas atribuições dos membros da CPL? Respondem eles nos mesmos moldes em caso de prática de ato irregular?

A resposta a essa pergunta é: **não!**

Na sistemática instituída pelo Pregão, a competência de decidir foi conferida especificamente a um agente, singularmente, o pregoeiro. Não há, então, um partilhar do processo decisório e, portanto, não há, em regra, a responsabilização solidária, como ocorre no certame convencional. O pregoeiro coordena os trabalhos da equipe de apoio, mas decide sozinho e responde pelos seus próprios atos.

E quais então são as atribuições da equipe de apoio? Compete a esse grupo tão-somente realizar os atos materialmente necessários para a condução do procedimento licitatório pelo pregoeiro, não tendo ingerência alguma sobre as decisões tomadas por esse agente.



É necessário dizer, porém, que os membros da equipe de apoio podem ser responsabilizados em casos excepcionais, notadamente quando se omitem diante do conhecimento de atos manifestamente ilegais. Isso ocorre porque todo servidor público tem o dever de levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do

cargo, representar contra ilegalidade e não cumprir ordens manifestamente ilegais, conforme disposições art. 116 da Lei nº 8.112/1990.

Da mesma maneira que ocorre com os membros das comissões de licitação, o TCU tem responsabilizado o pregoeiro, condenando-o em débito solidariamente com os demais responsáveis, caso a irregularidade por ele praticada tenha nexos de causalidade com o eventual dano causado aos cofres públicos. Ele pode, ainda, ser apenado com a multa prevista no art. 57 da Lei nº 8.443/1992.

Por outro lado, caso a irregularidade cometida não contribua para o débito, mas constitua infração à norma legal ou regulamentar, ou, ainda, aos princípios que regem a Administração Pública, pode ser aplicada ao pregoeiro a multa prevista no art. 58 da Lei Orgânica do TCU.

2.1. Legislação



O art. 3º da Lei nº 10.520/2002 estabelece que:

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;

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; e

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Já o art. 9º do Anexo I do Decreto nº 3.555/2000 assim dispõe:

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I - o credenciamento dos interessados;

II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;

III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;

IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;

V - a adjudicação da proposta de menor preço;

VI - a elaboração de ata;

VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;

VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e

IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Finalmente, o art. 10 do Anexo I desse Decreto estabelece que a equipe de apoio deverá ser integrada, em sua maioria, por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou da entidade promotora do pregão, para prestar a necessária assistência ao pregoeiro.

2.2. Doutrina

Como registramos, a responsabilidade pela condução do pregão recai sobre o pregoeiro, que tem a tarefa de classificar as propostas, habilitar o licitante a ser contratado e adjudicar-lhe o objeto da licitação. Lucas Rocha Furtado adverte o seguinte:

“Esses atos devem ser praticados por um só agente, não por uma comissão. Todavia, ainda que o pregoeiro tenha o dever e a responsabilidade de decidir sozinho as questões que lhe são apresentadas, ele conta com uma equipe de apoio para auxiliá-lo na prática de todos os atos de sua competência.”⁴

4 - FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 520 e 521.

2.2.1. O Pregoeiro



Os atos administrativos serão formalmente imputados ao pregoeiro, ao qual incumbirá formalizar as decisões e por elas responder.

Marçal Justem Filho traz as seguintes considerações sobre a atuação do pregoeiro:

Diferentemente do que ocorre nas licitações nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite, cuja condução cabe a uma comissão, no pregão essa tarefa é repassada a um único servidor, o pregoeiro. Essa opção legislativa deve ser interpretada em termos, pois conquanto assuma o pregoeiro a responsabilidade pelo certame, seu trabalho não é solitário, sendo ele assessorado por outros servidores, inclusive para fornecer subsídios e informações relevantes. Mas os atos administrativos serão formalmente imputados ao pregoeiro, ao qual incumbirá formalizar as decisões e por elas responder. A ressalva é importante porque o pregoeiro, individualmente, acabaria sobrecarregado se não pudesse recorrer à estrutura administrativa estatal para solucionar rápida e agilmente todos os incidentes, examinar todos os documentos e assim por diante. A agilidade do procedimento do pregão acabaria frustrada se o pregoeiro não dispusesse de suporte para a prática dos atos a ele atribuídos.⁵ A propósito, em linha de concordância com os comentários acima são oportunas as lições de Jair Eduardo Santana⁶ que bem explica o papel do pregoeiro e suas responsabilidades:



O pregoeiro é responsável pela condução do certame, pelo cumprimento dos prazos da etapa externa, tais como produção de resposta a esclarecimentos e a impugnações a tempo e modo devidos; por providências outras que se mostrarem necessárias diante das peculiaridades do certame, como, por exemplo, o adiamento de uma sessão de julgamento.

“A grande diferença é que o pregoeiro, no que tange à responsabilidade está sozinho, diferentemente do órgão colegiado, onde há presunção de decisão conjunta. Esta diferença denota, mais uma vez, a grande necessidade de diferir as atribuições do pregoeiro, respeitando o campo de delimitações legais, evitando-se, assim, a sobrecarga e as punições decorrentes do exercício de atribuições que sequer lhe pertencem”.

“Ele [o pregoeiro] é responsável pelo cumprimento da legislação e das regras estabelecidas no edital na etapa externa, pela condução e pela boa orientação dos trabalhos da equipe de apoio”.

“Os papéis do pregoeiro e da autoridade superior estão bem delineados na Lei nº 10.520/02. Mencionada legislação define os papéis de um ou de outro ator, inexistindo dúvida, por exemplo, que as atribuições relativas à realização do certame, à necessidade do objeto e à própria homologação sejam da autoridade superior. Por outro lado é também inconteste que a condução da sessão de pregão, a decisão

5 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 3ª ed. São Paulo: Dialética. pp. 76 a 80.

6 - SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Presencial e Eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 131 a 183.

quanto à habilitação e o acolhimento de recursos, por exemplo, sejam atribuições do pregoeiro”.

“No que tange à elaboração do edital, não foi diferente a solução normativa. A Lei nº 10.520/02 não atribui esta tarefa ao pregoeiro, deixando a atribuição à autoridade superior, na etapa interna. Atentos para tal circunstância estiveram os dois decretos regulamentadores do pregão presencial e do pregão eletrônico. Tanto um quanto outro ato normativo não arrolou (e não poderia arrolar) dentre as atribuições do pregoeiro a difícil tarefa de elaborar editais”.

“(…), relativamente ao edital, a competência do pregoeiro é mais de intérprete, na medida em que as suas atribuições pertinentes - ou legais - são de decisão e resposta a impugnações e esclarecimentos, bem assim de recebimento, exame, exercício de retratação e decisão de recursos”.

2.2.2. A “equipe de apoio”

Sobre o papel da equipe de apoio do pregão, veja o entendimento de Marçal Justen Filho:

“Os membros da equipe de apoio estão sujeitos às regras gerais acerca de responsabilidade civil, penal e administrativa. Mais do que isso, poderão ser responsabilizados pessoalmente caso omitam-se a propósito de irregularidades que cheguem a seu conhecimento. Tendo ciência de qualquer desvio na conduta alheia, deverão manifestar-se perante a autoridade competente, na primeira oportunidade disponível. Não se aplica ao caso a regra do art. 51, § 3º, da Lei de Licitações, eis que os atos da equipe de apoio não devem (de regra) ser referidos em ata. Mas nada impede que o membro da equipe de apoio valha-se da oportunidade da lavratura da ata para manifestar-se acerca da ocorrência de irregularidades. E o pregoeiro (a quem incumbe deliberar acerca da ata) não poderá recusar a documentação acerca da notícia de atos indevidos – inclusive aqueles a ele próprio imputados. Se o membro da equipe de apoio reputar que o pregoeiro praticou irregularidade, poderá comunicar a ocorrência à autoridade superior.”⁷

Atenção!

Ainda que a eles não incumba poder decisório, são responsáveis por todas as ações e omissões que praticarem, no âmbito de suas atividades.

7 - Idem. pp. 76 a 80.

2.3. Jurisprudência do TCU

2.3.1. Exclusão de responsabilidade por ato que não se insere no rol das atribuições



Acórdão nº 2.389/2006 - Plenário

Sumário:

“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. VEDAÇÃO DE EXIGÊNCIA DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES JÁ CONSTANTES DO SICAF. RESPONSABILIDADE DE PREGOEIRO PELAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS.

1. É vedada a exigência, em procedimentos licitatórios na modalidade pregão, da apresentação de documentos e informações que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores ou de sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios.

2. O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas.”

Trecho do Voto:

“2.2 O ponto fulcral da referida peça resume-se a questionamentos quanto à legalidade de a (...) ter exigido, nos subitens 6.1.2.2 e 6.1.2.2.1 do edital daquele Pregão, que as empresas participantes comprovassem suas qualificações econômico-financeiras, mediante a remessa, preliminarmente por fax, e, posteriormente, pelo correio, dos respectivos Balanços Patrimoniais.

(...)

4.1.1 Primeiro esclareceu que, como Equipe de Apoio, somente prestou auxílio operacional ao pregoeiro, não tendo exercido qualquer influência nas decisões tomadas. Correta a alegação. Como aduziu o Administrativista que mencionou, não se pode confundir equipe de apoio com a comissão de licitação, haja vista que àquela compete apenas realizar os atos materialmente necessários à prática do procedimento, nenhuma ingerência tendo sobre as decisões do pregoeiro.

4.1.2 Ressaltou, ainda, as competências de um Pregoeiro, demonstrando que nelas não está inserido o estabelecimento das regras do edital, mas, tão-somente, a operacionalização do certame, conforme dispõe o Manual Normativo da (...) (AD 022/002), que estaria, segundo ele, em consonância com a legislação aplicável ao caso.

4.1.2.1 Mais uma vez assiste razão ao referido senhor. Os normativos legais que regem o pregão, inclusive o eletrônico, art. 3º, I e IV, da Lei nº 10.520/2002; arts. 5º e 14º do Decreto 3.697/2000 e art. 9º do Anexo 1 do Decreto nº 3.555/2000, abaixo transcritos, realmente não incluem, entre as competências do pregoeiro, a elaboração do edital, não podendo, assim, ser a ele atribuída a responsabilidade pela exigência dos balanços patrimoniais inquinada nestes autos, que resultou na desclassificação irregular da empresa (...). Entretanto, era de sua responsabilidade a adjudicação do objeto licitado, e o fez à (...), 2ª colocada. Penso que de outro modo não podia ele agir, uma vez que estava vinculado aos normativos vigentes e ao que estipulava o edital. (...)

4.1.3.1 Entretanto, somos de opinião que os argumentos apresentados dando conta que os responsáveis, mormente o pregoeiro, agiram dentro dos limites do que entenderam ser legítimo e legal, merecem acolhida.

(...)

5.3.8 O edital continha mandamento que fazia exigência aos licitantes que ofertassem o melhor lance no Pregão, para que estes apresentassem cópias de vários documentos, inclusive o balanço patrimonial. Como o edital foi elaborado em área hierarquicamente superior, inclusive com o aval da área jurídica, entendeu o pregoeiro que tal dispositivo, a exemplo dos demais, estava em conformidade com a legislação vigente. Não seria razoável exigir conduta diversa do pregoeiro ou de sua equipe de apoio quando da ocorrência dos fatos sob exame.”

Acórdão nº 3.516/2007 - 1ª Câmara

“TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO.

1. As pesquisas de preços que dão suporte à elaboração de orçamento, à definição da modalidade de licitação e à efetivação da adequação financeira e orçamentária da despesa, devem ser



5.3.7 Os atos do pregoeiro estavam vinculados ao edital, que foi elaborado por outra área do órgão, cabendo-lhe conduzir o certame conforme as regras lá estabelecidas, desde que, obviamente, não houvesse afronta direta à legislação vigente.

realizadas previamente à adjudicação do objeto e homologação do procedimento.

Atenção!

2. Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto.

3. Não cabe responsabilização por sobrepreço de membros da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior, quando restar comprovado que a pesquisa foi realizada observando critérios técnicos aceitáveis por setor ou pessoa habilitada para essa finalidade⁸.

2.3.2. Responsabilidade por inobservância às regras definidas no edital e na legislação pertinente, na condução do pregão.

Acórdão nº 399/2003 - Plenário, ratificado pelo de nº 57/2004 - Plenário

Explicação sintética da deliberação: Foi realizado Pregão para adquirir medicamentos. O Pregoeiro definiu o quantitativo máximo de dois lances para cada empresa interessada, medida incompatível com os procedimentos do Pregão.

Foi aplicada multa.

Acórdão nº 993/2004 - 2ª Câmara, ratificado pelo de nº 1.918/2005 - 2ª Câmara

Explicação sintética da deliberação: Foi realizado Pregão para adquirir painéis, mobiliário e mesas de reunião. Não foram observados os arts. 41 e 44, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/1993, quando do não provimento de recurso administrativo interposto por licitante contra a sua desclassificação. Referida desclassificação teria decorrido da 'não-apresentação de catálogos dos fabricantes em que constassem os materiais cotados e da não-especificação do acabamento dos tampos em alta pressão para o laminado melamínico'. Contudo, haviam sido acostados ao processo em tela exemplares de 6 catálogos da linha de produção, na forma

8 - No caso concreto, as recorrentes foram condenadas na condição de membros da CPL de órgão público que adquiriu pneus e câmaras de ar por preços 49% superiores aos de mercado, em licitação na modalidade convite. Em sede recursal, o Relator considerou que não havia necessidade de que a pesquisa de preços fosse efetivada por meio do Sistema Sirep de registro de preços, sendo suficiente a sua efetivação em empresas do mercado local. Outrossim, destacou que tal incumbência cabia a outro servidor, e não às recorrentes. Com essas ponderações, o TCU deu provimento ao recurso e julgou regulares com ressalva as contas das responsáveis.

prevista no item 4.6.1.3-f do edital e de forma semelhante aos 40 catálogos apresentados pela (...) (linha B3) em Pregão posterior.

Foi aplicada multa.

Acórdão nº 558/2010 - Plenário.

Explicação sintética da deliberação: o pregoeiro oficial da Universidade foi penalizado por diversas irregularidades, podendo assim ser resumidas: efetivação de retificações significativas do edital, sem a comprovação de publicação de todas elas, sem comunicação prévia aos licitantes que haviam retirado o edital e sem reabertura de prazo para apresentação das propostas; estipulação de tempo exíguo para envio da proposta e da documentação exigida no edital; aceitação de proposta em desconformidade com o edital; adjudicação de item sem aguardar o prazo recursal após manifestação de intenção de recurso por parte de licitante. Foi aplicada multa.

Aplicação de multa ao pregoeiro da Universidade por diversas irregularidades no pregão, explicitadas na parte dispositiva do acórdão, abaixo transcritas:

“9.4. aplicar, desde logo, ao então Pregoeiro Oficial ..., no valor de R\$ 15.000,00 ... pelas seguintes irregularidades quanto ao Pregão 37/2008 SRP:

9.4.1. efetivação de pelo menos 4 (quatro) retificações importantes no edital do pregão, conforme transferências de editais realizadas no Comprasnet, ao passo que somente teria sido comprovada a publicação no DOU da primeira versão, bem como não terem sido adotadas outras medidas visando dar publicidade às alterações, de modo que os licitantes que já haviam retirado o edital eletronicamente fossem informados sobre as alterações e, também, não ter sido reaberto o prazo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação das propostas, previsto no art. 4º, inciso V, da Lei 10.520/2002 e no art. 17, § 4º, do Decreto 5.450/2005, conforme estabelecido no art. 20 desse mesmo Decreto e no art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993;

9.4.2. estipulação de tempo exíguo, no caso 60 (sessenta) minutos, prorrogados por mais 30 (trinta) minutos, para envio da proposta e da documentação exigida no edital, apesar de ser grande o volume de documentos a serem encaminhados por meio da única linha de fax disponibilizada, e tendo em vista que tal medida foi requerida às licitantes que apresentaram as 10 (dez) melhores propostas de preços, e não apenas da melhor classificada, constituindo infração ao

princípio da vinculação ao instrumento convocatório, prevista no art. 3º da Lei 8.666/93;

9.4.3. ausência de motivo justificável para que a 11ª licitante, segundo o critério de menor preço (empresa XXX de Informática Ltda.), mesmo antes da análise das intenções de recurso das licitantes desclassificadas com melhores propostas, enviasse sua própria proposta e a documentação pertinente, na medida em que a ata do pregão somente registra a solicitação de envio para as 10 (dez) primeiras, com os seguintes agravantes;

9.4.3.1. infração ao disposto no art. 41 da Lei 8.666/93, determinando a aceitação de proposta em desacordo com o Edital, uma vez que não continha detalhamento do objeto a ser fornecido, limitando-se a afirmar que as especificações eram de acordo com o instrumento convocatório;

9.4.3.2. infração ao disposto no art. 26 do Decreto 5.450/2005, adjudicando o item em 24/12/2008, apesar de intenção de recurso em 23/12/2008, não observando o prazo de 3 (três) dias previsto;

9.4.3.3. infração ao art. 3º da Lei 8.666/1993, sendo selecionada proposta que não era a mais vantajosa para a Administração;”.

3. Responsabilidade de quem elabora o edital

Quem irá responder por irregularidade presente no edital de licitação? E se a irregularidade estiver presente em uma especificação técnica, constante do Projeto Básico ou do Termo de Referência, restringindo indevidamente o caráter competitivo do certame?

O primeiro ponto a atentar é que a Lei não indica expressamente a quem incumbe tal tarefa. O que faz é dirigir-se ao “agente público”, vedando-lhe admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo 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. (art. 3º, § 1º)

Dessa forma, é de suma importância averiguar, nos autos do processo licitatório, quem foram os responsáveis pela elaboração do edital e das peças que o compõem. É comum ter vários agentes públicos responsáveis pela

elaboração do edital, conforme sua competência ou área de atuação no órgão, cabendo a um, por exemplo, a tarefa de especificar o objeto a ser licitado e a outro fixar os critérios de aceitabilidade dos preços, de pagamento e de reajuste, além dos índices de liquidez. Havendo irregularidades no edital, é fundamental identificar os responsáveis por cada uma das ocorrências apontadas, com vistas à correta responsabilização dos agentes envolvidos.

3.1. Legislação

O art. 3º, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.

§ 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 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.



Já os arts. 40 e 41 da Lei nº 8.666/1993 dispõem que:

Art. 40. O edital conterá 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:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XII - vetado;

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

§ 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

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

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

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

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

3.2. Doutrina

A importância de se elaborar corretamente o edital licitatório está materializada no art. 40 da Lei n.º 8.666/1993, que prevê diversos elementos que dele devem constar, a fim de evitar futuros problemas advindos de sua elaboração defeituosa.

Eis algumas anotações de Marçal Justen Filho:

“O § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 expressamente reprovava alguns defeitos usuais nas praxes administrativas. Em vez de apenas declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório. É uma tentativa de evitar a concretização do vício, mais que do que de reprimir, em momento posterior, a sua ocorrência.

A regra aplica-se à elaboração dos atos de convocação de licitação. O dispositivo utiliza diversos verbos (admitir, prever, incluir, tolerar) que abrangem toda a esfera de atribuições relativas à formalização do ato convocatório. Seus destinatários são os titulares da atribuição de elaborar, aprovar, ratificar ou homologar os atos convocatórios. A regra vincula qualquer autoridade a cuja órbita de atribuições se subordine a elaboração do ato convocatório. Qualquer agente, com autoridade para apreciar tal ato ou, mesmo, a própria licitação, sujeita-se ao disposto no tópico.

(...)

Todas as limitações e exigências contempladas no ato convocatório deverão observar o princípio da proporcionalidade. Ou seja, deverá existir um vínculo de pertinência entre a exigência ou a limitação e o interesse supra-individual a ser satisfeito. Isso equivale a afirmar a nulidade de qualquer edital que contemple exigências excessivas ou inúteis, que impeçam a participação de interessados que poderiam executar prestação útil para a Administração.

(...)

Logo, há não apenas de acautelar-se contra a validação de atos nocivos mas, de modo especial, é imperioso impor punição àqueles que atuaram de modo reprovável. Verificada a ocorrência de defeito no ato convocatório, somente se pode conceber a validação do certame se, concomitantemente, impuser-se severa punição aos

agentes administrativos e, se for o caso, aos particulares responsáveis pelo problema. Ou seja, é necessário assegurar que a convalidação do ato viciado será acompanhada de providências de cunho negativo e sancionatório para os envolvidos.”⁹

3.3. Jurisprudência do TCU

3.3.1. Responsabilidade pela inclusão de exigências indevidas no edital.

Acórdão nº 2.561/2004 - 2ª Câmara, ratificado pelo Acórdão nº 2.068/2005 - 2ª Câmara.

Trecho do Relatório:

“Conforme relatado, foram inseridas, no edital, várias condições injustificadas e/ou desnecessárias para a execução do objeto, mas que estabeleceram distinções entre os participantes, restringindo o caráter competitivo. Como consequência, restou configurada afronta ao art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, ensejando audiência dos responsáveis, no caso, a coordenadora-geral de informática e telecomunicações, responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de Concorrência, e o subsecretário de assuntos administrativos, responsável pela sua análise e aprovação, para que apresentem suas razões de justificativa em relação às seguintes ocorrências:

(...)

Entendemos que a responsabilidade dos gestores pelas irregularidades apontadas no Edital de Licitação não é suficientemente grave para ensejar a aplicação de multa aos responsáveis. Não há elementos que permitam concluir pela má-fé dos gestores ou por uma implícita intenção de restringir o caráter competitivo do certame. Conforme se comenta a seguir, os gestores, ao contrário, envidaram esforços para que houvesse concorrência não obstante a participação de poucos interessados no certame.

(...)

Ante todo o exposto, entretanto, houve efetivamente a adoção de critérios indevidos de qualificação/pontuação que podem, em tese,



Após a audiência da responsável pela área técnica que estabeleceu os critérios do Edital de Concorrência, e do responsável pela sua análise e aprovação, o Tribunal considerou tais critérios restritivos à competitividade e aplicou multa multa ao gestores.

9 - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed. São Paulo: Dialética. pp. 62, 401 e 407.

ter desestimulado a participação de eventuais interessados na referida concorrência.”

Trecho do Voto:

“21. Refiro-me ao fato de que, do total de 920 pontos atribuídos à parte técnica, 505 relacionam-se a itens nos quais se apontou indícios de restrição à competitividade. São estes:

- existência de infraestrutura mínima em rede de computadores e em ambiente de treinamento nas instalações da empresa licitante;
- existência de política de benefícios espontâneos;
- tempo de experiência;
- apresentação de ISO 9001.

22. Se considerarmos que estes 505 pontos equivalem a 54,9% do total de quesitos pontuáveis, é forçoso convir que houve sim restrição à competitividade, tendo em vista que os critérios mencionados para adoção destes quesitos, pouca ou quase nenhuma relevância tiveram em relação à execução do objeto contratado, conforme já salientei no item 9 supra.

23. Todas estas circunstâncias não foram satisfatoriamente justificadas pelos gestores, razão pela qual anuo às determinações formuladas pela Unidade Técnica, em sua proposta de encaminhamento, reservando a tópico ulterior a abordagem da questão das renovações dos contratos administrativos nº 002/2000 e 029/2002.

24. Dissinto, contudo, quanto ao encaminhamento proposto pela 6ª Secex, relativamente às condutas dos gestores. Entendo que as violações às prescrições do § 1º, inciso I, e do § 5º, ambos do art. 30 da Lei nº 8.666/1993, impedem o acolhimento das justificativas apresentadas, uma vez que estas não se prestaram a escoimar a inobservância à norma legal.

25. Ademais, em que pese o fato de não haverem sido abordados, expressamente, no Parecer nº 1.169/2001, da Consultoria do Órgão, as exigências indevidas na fase de habilitação (a existência de profissionais no quadro permanente da empresa, que não de nível superior, e a capacidade de atendimento físico e instalações próprias) já se haviam constituído em objeto de alerta e recomendação, por

parte daquela Consultoria, à Administração do Órgão, conforme se verifica das justificativas apresentadas pelas responsáveis pelo setor jurídico. Não subsistiam, portanto, razões para os administradores se furtarem ao cumprimento da Lei.

26. Diante de todo este contexto, e, sobretudo, tendo em vista o reconhecido e propalado caráter pedagógico da multa prevista no inciso II do art. 58 da Lei n.º 8.443/92, entendo plenamente justificável, na hipótese dos autos, a cominação da sanção pecuniária aos gestores, em vista das flagrantes violações aos comandos da Lei de Licitações, bem como a orientações deste Tribunal.”

Acórdão nº 557/2006 - Plenário.

Trecho do Voto:

“5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto Revisor:

‘Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório. No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado. No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, ficou comprovado que foi o Diretor Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação. Foi ele, também, quem elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irrealistas por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva’.



Revisor:

Entendo que somente o Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí deve ser apenado, pois ficou comprovado que ele foi o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação.

Acórdão nº 8.117/2011 - 1ª Câmara.

“Trecho do Relatório

(...)

9.1. ... foram citados, solidariamente com demais responsáveis listados nos itens 10 a 12 desta instrução, ... em razão de falhas nas pesquisas de preços de mercado, da adoção de formato inadequado para julgamento das propostas, da ausência de previsão de quantitativos dos serviços licitados e de restrições ao caráter competitivo da licitação, que culminaram com a prática de sobrepreço na execução do Contrato MMA 9/2006, oriundo do Pregão Eletrônico MMA 8/2006.

9.2. O primeiro, na condição de gestor administrativo e pregoeiro oficial do MMA, foi responsável pela elaboração do edital do certame e pela adjudicação do objeto ao vencedor da licitação, na qual se verificaram as irregularidades relacionadas a seguir. O segundo, na condição de coordenador-geral de serviços gerais, foi responsabilizado por ter aprovado o edital do Pregão 8/2006 e acatado as justificativas para as cláusulas editalícias que restringiram a ampla participação dos interessados no certame, sem a adequada fundamentação ou o suporte de estudos consistentes. Entre as irregularidades identificadas no PE 8/2006, destacam-se:

(...)

c. não definição adequada do objeto da licitação, ausência de previsão de quantitativo de serviços a ser adquirido, não apresentação de avaliação do custo assumido pela administração diante de orçamento detalhado, violando os seguintes dispositivos legais: art. 3º, §1º, I, art. 7º, §4º, e art. 40, § 2º, I e II, da Lei 8.666/1993; art. 3º, II, da Lei 10.520/2002; art. 8º, III, do Anexo I do Decreto 3.555/2000; art. 9º, I e §2º, do Decreto 5.450/2005;

(...)

9.6.4. Da mesma forma, não se pode acatar o argumento de que a licitação não comportava um planejamento de quantitativos de serviços a ser adquiridos. Ora, a abertura de processo licitatório pressupõe a existência de prévio planejamento que vise a atender às necessidades da Administração. A própria defesa dos gestores deixa claro que esse pressuposto básico foi negligenciado. De fato, não consta dos autos qualquer estudo que estime a demanda das unidades do MMA por serviços de impressão. Dessa forma, os responsáveis desrespeitaram o § 4º do art. 7º da Lei 8.666/1993, segundo o qual é vedada a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

9.6.5. Em diversos pontos de suas alegações de defesa, os gestores fazem referência ao Pregão Eletrônico TCU 19/2006. Pretendem, com isso, sustentar que utilizaram, no MMA, a mesma forma de contratação realizada pela Secretaria-Geral de Administração deste Tribunal. O objeto das duas licitações é, de fato, o mesmo: contratação de empresa especializada para prestação de serviços gráficos. Todavia, os formatos adotados para julgamento das propostas são bem distintos.

9.6.6. No PE TCU 19/2006, as empresas participantes deveriam apresentar um lance que correspondia a um total calculado a partir de diversos itens de uma planilha de serviços de impressão. No entanto, a planilha de formação de preços não permitia ao licitante ofertar um valor para cada serviço licitado. Ele deveria oferecer um lance para um item específico (impressão monocromática em determinado tipo/gramatura/formato de papel), e o preço de todos os demais seria calculado em função do valor ofertado, com base em diferenças proporcionais de preços, previamente definidas, entre os diversos itens (vide modelo de proposta de preços, às fls. 1151-1152, v. 5). Dessa forma, o fornecedor ficava impedido de praticar jogo de planilha, já que não teria como ofertar preços inexequíveis para serviços de pouco consumo e valores acima dos preços de mercado para itens de grande demanda.

9.6.7. Além disso, é importante registrar que, ao contrário do que afirmam os responsáveis, o PE TCU 19/2006 previu, sim, os quantitativos que seriam contratados. O item 5 do edital dessa licitação (fl. 1149v, v. 5) estimou a quantidade mensal de cópias e impressões que seriam realizadas durante a vigência do contrato. Tal estimativa, feita com base em levantamentos de serviços executados e de demandas previstas, foi detalhada em anexo próprio. O item 3.1.9 do mencionado edital (fl. 1148v, v. 5) estimou até o consumo médio de papel da contratada, chegando ao ponto de detalhar a proporção do consumo para cada tipo de papel e gramatura. Os quantitativos previstos serviram à avaliação comercial da demanda média do TCU, subsidiando os licitantes na elaboração de suas propostas. Como isso não ocorreu nos certames conduzidos pelo MMA, a Gráfica e Editora XXX, que já prestava serviços no ministério desde 2004 e, conseqüentemente, conhecia sua demanda por serviços gráficos, obteve, em relação aos demais licitantes, uma vantagem indevida na elaboração de sua proposta.

9.6.8. O Pregão Eletrônico MJ 21/2007, conduzido pelo Ministério da Justiça, também foi citado pelos responsáveis como mais um exemplo de contratação semelhante ao PE MMA 8/2006. Entretanto, mais uma vez ficaram evidentes as diferenças entre os

certames e ainda mais óbvias as falhas no formato adotado pelo Ministério do Meio Ambiente para julgamento das propostas.

9.6.9. O edital do PE MJ 21/2007 definiu planilha de preços fixos para todos os serviços licitados (fls. 1153-1162, v. 5). Os licitantes, então, apresentaram propostas de desconto aplicado de forma linear a todos os itens, sendo declarado vencedor aquele que ofereceu o maior percentual de abatimento. Dessa forma, essa licitação também foi eficiente em coibir a prática de jogo de planilha.

9.6.10. É interessante observar que o PE MJ 21/2007 foi vencido pela Gráfica e Editora XXX Ltda., mesma empresa que se sagrou vitoriosa nos pregões 8/2006 e 10/2007, conduzidos pelo Ministério do Meio Ambiente. No âmbito do TC 015.378/2009-0, esta unidade técnica comparou os preços que a Gráfica XXX praticava no MMA com aqueles que praticava no Ministério da Justiça. Chegou-se à conclusão de que, como o PE MJ 21/2007 impediu a prática de jogo de planilha, os mesmos serviços eram executados no Ministério da Justiça por valores até 82% inferiores (vide análise no item 8.8, à fl. 43 do TC 015.378/2009-0).

Apenação da pregoeira por emissão de pareceres que justificaram a existência de cláusulas restritivas em pregão eletrônico sem a devida fundamentação.



9.6.11. Percebe-se, assim, que um edital bem elaborado, que defina adequadamente o objeto da licitação e estabeleça um formato adequado para julgamento das propostas, tem o condão de auxiliar na seleção da proposta mais vantajosa, coibindo a prática de jogo de planilha e a ocorrência de sobrepreço.” (Acórdão nº 8.117/2011 – 1ª Câmara)

Deliberações do TCU no mesmo sentido:

Acórdãos nº 1147/2007 - Plenário; Acórdãos nº 171/2007 - 1ª Câmara, nº 307/2001 - Plenário (ratificado pelo Acórdão nº 164/2004 - Plenário) e nº 1.859/2004 - Plenário.

4. Responsabilidade de quem homologa o certame licitatório e adjudica o objeto licitado



Na dicção do Professor Lucas Rocha Furtado, entende-se por adjudicação “o ato da autoridade que põe o objeto licitado à disposição do licitante vencedor”¹⁰. Por sua vez, a homologação é o ato pelo qual é ratificado todo o procedimento licitatório, visando produzir os efeitos jurídicos necessários.

10 - Furtado. Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo, Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 503.

Cabe à autoridade competente pela homologação verificar a legalidade dos atos praticados na licitação, bem como avaliar a conveniência da contratação do objeto licitado pela Administração, uma vez que a homologação equivale à aprovação do certame. Daí a importância de tal procedimento ser precedido de um criterioso exame, pela autoridade competente, dos atos que integraram todo o processo licitatório. Essa autoridade, se verificar a existência de algum vício de ilegalidade, deverá anular esse processo ou determinar seu saneamento, caso cabível.

Vigora no nosso direito o princípio da adjudicação compulsória, segundo o qual a Administração Pública não está obrigada a contratar o licitante vencedor, apenas a adjudicar-lhe o objeto, tendo direito subjetivo de que outro não seja contratado em seu lugar.

4.1. Legislação

O art. 43 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

(...)

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

4.2. Doutrina

Observe o entendimento de Marçal Justen Filho sobre o papel do agente que homologa o certame licitatório:

“A homologação envolve duas ordens de consideração, uma no plano da legalidade, outra no da conveniência. Preliminarmente,

examinam-se os atos praticados para verificar sua conformidade com a lei e o edital. Tratando-se de um juízo de legalidade, a autoridade não dispõe de competência discricionária. Verificando ter ocorrido nulidade, deverá adotar as providências adequadas a eliminar o defeito.

(...)

Concluindo pela validade dos atos integrantes do procedimento licitatório, a autoridade superior efetuará juízo de conveniência acerca da licitação.

(...)

Se reconhecer a validade dos atos praticados e a conveniência da licitação, a autoridade superior deverá homologar o resultado. A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação.”¹¹

Carlos Pinto Coelho da Motta afirma que o ato homologatório encerra todo o procedimento. O autor cita a doutrina do Professor Diógenes Gasparini para quem, por intermédio da homologação, a autoridade promove o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e legalidade.”¹²

Essa é a compreensão de Hely Lopes Meirelles sobre o assunto:

“A autoridade homologadora terá diante de si três alternativas: confirmar o julgamento, homologando-o; ordenar a retificação da classificação no todo ou em parte, se verificar irregularidade corrigível no julgamento; ou anular o julgamento, ou todo o procedimento licitatório, se deparar com irregularidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação. Feita a homologação e determinada a adjudicação, a respectiva autoridade passa a responder por todos os efeitos e consequências da licitação. Isto porque, com a homologação, ocorre a superação da decisão inferior pela superior e, consequentemente, a elevação da instância administrativa”¹³

11 - Idem. pp. 425 e 426.

12 - MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Eficácia nas Licitações & Contratos. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Ltda. p. 379.

13 - MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª ed. São Paulo: Malheiros. p. 281

4.3. Jurisprudência do TCU

4.3.1. Responsabilidade por aceitação de proposta com alteração, ocorrida após a fase de lances, em desacordo com o edital.

Acórdão nº 1.533/2006 - Plenário, ratificado pelo Acórdão n.º 776/2008 - Plenário (modificado pelo Acórdão 3.069/2008-Plenário, que reduziu o valor da multa)

Sumário:

“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. ACEITAÇÃO DE PROPOSTA COM ALTERAÇÃO, APÓS A FASE DE LANCES, EM DESACORDO COM O EDITAL. PROCEDÊNCIA. MULTA. DETERMINAÇÕES.



1. A aceitação de proposta contendo alteração na forma de cotação do insumo vale-transporte, após a fase de lances, com sua substituição pela prestação de transporte próprio contratado, não admitida no edital, quando muitas outras empresas foram desclassificadas exatamente porque suas propostas estavam em desacordo com o edital, atenta contra os princípios da isonomia, da vinculação ao instrumento convocatório e da moralidade.

2. Na busca da proposta mais vantajosa para a Administração não se pode relegar a um segundo plano os princípios básicos do procedimento licitatório e da Administração Pública, não se podendo cogitar sobreposição de princípios licitatórios.

3. A conduta dos agentes públicos deve atentar para o disposto na regra legal e nas condições do ato convocatório, devendo todos os licitantes receber tratamento idêntico.

4. A escolha da proposta mais vantajosa deve ser apurada segundo os critérios objetivos definidos no edital e não com base na escolha dos julgadores em considerar válida a proposta pela própria vantagem que ela traria para a Administração.” ([clique aqui para ler o voto na íntegra](#)).

Trecho do Acórdão:

“9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo então Coordenador-Geral de Logística substituto do Ministério (...)

[responsável pela homologação] e aplicar-lhe a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/1992, no valor de R\$ 30.000,00 (...), considerando sua responsabilidade por:

9.2.1. ter homologado a adjudicação do objeto do Pregão Presencial 31/2005 à licitante (...), a despeito de essa empresa ter apresentado, após a fase de lances do pregão, cotação de preços com alteração na composição do custo relativo ao auxílio-transporte, mediante o emprego de veículo próprio ou terceirizado em substituição à forma de atendimento prevista no edital, apesar de:

9.2.1.1. o edital prever expressamente, no item 4.8, que ‘a proposta deverá cobrar vale-transporte em conformidade com o art. 10 do Decreto nº 95.247/1987’;

9.2.1.2. o art. 10 do Decreto nº 95.247/1987 referir-se exclusivamente à forma de cálculo da parcela suportada pelo beneficiário de vale-transporte, não se reportando a outra modalidade de benefício alternativo, como o fornecimento de transporte próprio ou terceirizado para descolamento dos empregados no percurso trabalho-residência-trabalho;

9.2.1.3. o item 10.17 do termo de referência anexo ao edital consignar, expressamente, que seria obrigação da contratada ‘Fornecer aos seus empregados vale-transporte - endereço residencial, incluindo o trajeto entre a Rodoviária e a Esplanada dos Ministérios, e vice-versa, bem como qualquer outro benefício que se torne necessário ao bom e completo desempenho de suas atividades’, nele não havendo qualquer referência sobre a possibilidade de transporte por meios próprios ou terceirizado;

9.2.1.4. não ter indicado nem esclarecido, quando questionado por outras licitantes sobre se a contratada deveria fornecer vale-transporte para os funcionários a serem disponibilizados, a possibilidade de se cotar forma alternativa de transporte na planilha de custos, tais como os realizados por meio próprio ou terceirizado, limitando-se, na ocasião, a apontar que ‘estabelece o subitem nº 4.8 do edital que o vale-transporte deverá estar em conformidade com o art. 10 do Decreto nº 95.247/1987, bem como prevê a forma de concessão o subitem 10.17 do Termo de Referência’ (sic), sinalizando, assim, que a obrigação expressamente prevista no edital se referia ao fornecimento de vales-transportes.

9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. (...), então Pregoeiro Oficial do Ministério (...), e aplicar-lhe a multa

prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da referida importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente a partir do dia seguinte ao do término do prazo estabelecido até a data do efetivo recolhimento, na forma da legislação em vigor, considerando sua responsabilidade por:

9.3.1. ter lavrado o Termo de Julgamento e Adjudicação do Pregão Presencial 31/2005, com a adjudicação do objeto da licitação à empresa (...), bem como ter proposto a homologação dessa adjudicação ao Coordenador-Geral de Logística, a despeito de essa licitante ter apresentado, após a fase de lances do pregão, cotação de preços com alteração na composição do custo relativo ao auxílio-transporte, mediante o emprego de veículo próprio ou terceirizado, em substituição à forma de atendimento prevista no edital, apesar das circunstâncias descritas nos subitens 9.2.1.1 a 9.2.1.4 retro; (...)”

4.3.2. Responsabilidade por fraudes em procedimentos licitatórios

Acórdão nº 681/2005 - Plenário, que ratificou o Acórdão nº 195/2004 - Plenário

Explicação sintética: Equipe da Secex/RN realizou inspeção na prefeitura municipal de Baía Formosa para apurar irregularidades objeto de Denúncia, quais sejam: fraudes em processos licitatórios, utilização de notas fiscais frias, pagamento de serviços não executados, superfaturamento, apropriação de receitas municipais, pagamento de propinas, nepotismo, favorecimento de parentes em compras e contratações da prefeitura. Apurou-se que empresas venderam notas frias à Prefeitura, no total de R\$ 188 mil, sendo os produtos adquiridos em supermercados e padarias de familiares e amigos do Prefeito.

Sumário:

Denúncia. Irregularidades praticadas por Prefeitura em conluio com empresas licitantes. Realização de inspeção. Notas fiscais inidôneas. Fraudes em procedimentos licitatórios para compra de merenda escolar. Pedido de Reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis, declarou a inidoneidade das empresas envolvidas e determinou a conversão dos autos em tomada de contas especial. Improvimento.

Trecho do Relatório:

“36. O recorrente apresentou recurso em que, em síntese, afirmou o seguinte:

a) o processo licitatório é conduzido totalmente pela CPL, que detém amplos poderes para decidir sobre o respectivo procedimento até a adjudicação do objeto licitado, podendo adotar qualquer providência para o resguardo da lisura, ou se for o caso, levar ao conhecimento da autoridade superior qualquer acontecimento que macule o certame;

b) o chefe do Poder Executivo Municipal não tem nenhuma participação no desenrolar do procedimento licitatório, cabendo-lhe, tão-somente, homologá-lo;

c) o ato homologatório é meramente formal, pois a CPL, pela sua posição institucional dentro da estrutura organizacional do Poder Executivo, goza de toda a sua confiança;

(...)

37. Quanto às alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, não cabe ao ex-prefeito jogar a culpa em cima da CPL para eximir-se da sua responsabilidade. O ato homologatório não é meramente formal. Ao cancelar o processo, a autoridade superior valida e se responsabiliza pelos atos da CPL. Para reforçar o que pregamos, escudamo-nos na lição do professor Marçal Justen Filho, na obra já citada, pág. 419, in verbis:

A homologação envolve duas ordens de considerações, uma no plano da legalidade, outra no da conveniência. Preliminarmente, examinam-se os atos praticados para verificar sua conformidade com a lei e o edital. Tratando-se de juízo de legalidade, a autoridade não dispõe de competência discricionária. Se reconhecer a validade dos atos praticados e a conveniência da licitação, a autoridade superior deverá homologar o resultado. A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema.

38. Como visto, não há como o ex-prefeito furtar-se à responsabilidade pela lisura do processo licitatório. Ao homologar a licitação ele está validando os atos praticados pela CPL.”

Trecho do Voto:

“5. No intuito de contribuir para o delineamento de todo o quadro de irregularidades e práticas ilícitas perpetradas pelo ex-Prefeito Municipal e as empresas arroladas neste feito, em inequívoca caracterização de conluio para fraudar as licitações realizadas pelo Município, reputo pertinente reproduzir excerto do Voto proferido pelo Relator a quo, no qual são sintetizadas as ocorrências que ensejaram as apenações dos interessados, além da conversão do feito em tomada de contas especial. Senão vejamos:

‘Não há nenhuma prova no processo do recebimento e da distribuição dos gêneros alimentícios, ao contrário, o conjunto probatório aponta em sentido oposto, de que houve conluio e fraude nas licitações, as empresas não possuíam habilitação jurídica para o fornecimento, não possuíam as mercadorias para entrega, as notas fiscais foram adulteradas ou são falsas, além do que uma das empresas declara por escrito que não entregou as mercadorias.

4.2 Todas as notas fiscais correspondentes aos convites nº 13 e 20/2001 foram consideradas inidôneas pelo fisco estadual, conforme apresentado no meu Relatório. Duas notas que comprovariam o fornecimento de gêneros adquiridos por meio do convite 011/2001 foram tidas como idôneas. No entanto, o responsável legal pela empresa que emitiu tais notas - (...) - declarou não ter efetuado o fornecimento, além do que elas não foram devidamente lançadas nos livros contábeis da empresa, evidenciando, também, irregularidade fiscal que depõe contra a fidedignidade daqueles documentos.’

(...)

10. Por fim, quanto às razões recursais apresentadas pelo ex-Prefeito, é de reconhecer a inocuidade de seu conteúdo, como bem demonstrou a instrução técnica. Ao pretender imputar todas as irregularidades praticadas nos certames licitatórios inquinados à Comissão de Licitação, esqueceu o recorrente que, ao homologar os atos por aquela praticados, a eles vinculou sua responsabilidade, reconhecendo-os como válidos. Não há, portanto, como valer-se de tal argumento para afastar sua responsabilidade pelas irregularidades verificadas neste feito.



11. Ainda com relação ao recurso do Sr. (...), é digno de nota o menoscabo que este demonstra para com as normas de direito público, notadamente para com o art. 29 da Lei nº 8.666/1993, ao afirmar, expressamente, que ‘a situação de irregularidade de alguns licitantes

junto ao fisco - estadual ou federal, não vicia o procedimento da licitação, nem tampouco é uma circunstância que seja do conhecimento do ente público que promove o certame. Causa-me perplexidade o fato de um gestor público denotar seu total desapego à exigência formal da Lei de Licitações, valendo-se dele, em linha argumentativa, com vistas a justificar inúmeras fraudes praticadas pelas empresas contratadas pela Prefeitura, relativamente à emissão de notas fiscais, tal como restou sobejamente demonstrado neste processo.

12. Com efeito, assiste integral razão à Unidade Técnica em não acolher as razões de recurso adunadas pelos recorrentes, pelas razões declinadas em sua percuciente análise, cujos termos faço integrar minhas razões de decidir.”

Neste caso, foi negado provimento ao recurso interposto e foram mantidas as multas e a conversão dos autos em TCE.

4.3.3. Exclusão de responsabilidade da autoridade que homologa o certame, por falhas surgidas na execução do contrato

No caso abaixo, apesar de o ex-Prefeito ter homologado a licitação e adjudicado o seu objeto, em que se constatou a aquisição fraudulenta de alimentos, sua responsabilidade foi afastada em grau recursal, uma vez que a fraude não era detectável de uma simples análise do processo licitatório, tendo ocorrido, outrossim, na fase de execução contratual, alheia à atuação do responsável pela homologação e adjudicação.

Trecho do Relatório

“DA ANÁLISE

32. O recorrente, ex-Prefeito do Município de Guajará-Mirim, foi condenado solidariamente em débito com a Sra. ..., ex-Secretária Municipal de Saúde, e com a empresa individual ..., por haver entendido esta Casa que houve, no âmbito da execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, aquisição fraudulenta de gêneros alimentícios, com suporte em documentos fiscais inidôneos.

Atenção!

33. Adicionalmente, e pela mesma irregularidade, o Tribunal aplicou multa individual aos indigitados responsáveis solidários no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais).

(...)

40. A questão que se coloca, efetivamente, em sede recursal, e sobre a qual ora passamos a nos debruçar, diz respeito à perquirição do grau de culpabilidade do único responsável que se insurgiu contra o decisum original, o ex-Prefeito

41. Com efeito, **o que precisamente importa saber é se o ex-gestor contribuiu, de alguma forma, para a perpetração da irregularidade configurada na execução do PNAE, agindo com má-fé, dolo e/ou com culpa**, em qualquer de suas três espécies, a relembrar, nas modalidades de negligência, imprudência e/ou imperícia, hipóteses que, se confirmadas, ensejarão a manutenção de sua responsabilidade solidária.

(...)

53. O Sr. Analista da SECEX/RO, acompanhado pelo titular da unidade regional, entendeu que a responsabilidade do Sr. ..., pelas aquisições fraudulentas de gêneros alimentícios, deveria ser afastada, por haver se convencido de que o responsável não detém legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda e porque a irregularidade restringiu-se à parte operacional do programa, sendo certo que ‘sua participação na qualidade de agente político, no desempenho de atribuições governamentais, não o configura propriamente como gestor em todas as etapas do processo’ (vide item 11.3, fl. 354, vol. 2).

54. A seu turno, o eg. Parquet de Contas, dissentido da unidade técnica e vendo sua posição ser encampada pelo Sr. Relator a quo e convertida no Acórdão nº 989/2007-2a Câmara, entendeu que o ex-Prefeito deveria sim ser responsabilizado, posto que ‘a delegação de competência não implica a delegação de responsabilidade, cabendo à autoridade delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados diante da culpa in eligendo(...)’ e porque ‘(...) o despacho de fl. 73, volume 1, deixa claro que a responsabilidade pela homologação e adjudicação da licitação a ele cabia’ (vide itens 4 e 5 do Parecer de fl. 357, vol. 2).

55. Reanalizando os autos, agora em sede recursal, e com a devida vênua do MP/TCU e do Sr. Relator a quo, entendemos que as provas constantes dos autos não detém robustez suficiente para configurar, de forma inequívoca, a responsabilidade do Sr. ... **[ex-Prefeito]**.

56. Assiste razão ao recorrente em afirmar que, in casu, o ônus de provar as irregularidades pertence a esta Casa. Isto porque a Jurisprudência pacífica desta Corte (vide, dentre muitos outros, os Acórdãos nº 162/2004, 129/2004, 94/2004, 61/2004 e 1.498/2003,

todos da 2ª Câmara) firmou-se no sentido de que, nos processos de tomadas e prestações de contas, ocorre inversão do ônus da prova, cabendo ao gestor dos bens e recursos públicos comprovar sua boa e regular aplicação. Portanto, nestes casos, não há necessidade de se provar a culpa do responsável, bastando a ocorrência do dano.

57. Por outro lado, nos processos decorrentes de fiscalização, hipótese destes autos, não ocorre a inversão do ônus da prova. A responsabilidade é subjetiva, ou seja, depende da comprovação da ocorrência de dolo ou culpa, a cargo deste Tribunal.

58. Tendo em conta estas premissas, tem-se por certo que no presente processo de tomada de contas especial, oriundo de trabalho de fiscalização, deve restar cabalmente demonstrada/comprovada a existência de culpa ou dolo dos responsáveis.

59. Se é verdade que houve aquisição fraudulenta de gêneros alimentícios, com suporte em documentos fiscais inidôneos, no âmbito da execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE, fato que não se pode negar, não é menos verdade que os responsáveis diretos pela irregularidade foram sem dúvidas e tão-somente, a Sra. ..., então ocupante do cargo de Secretária Municipal de Educação, e a empresa ..., fornecedora dos gêneros alimentícios.

60. O documento no qual, fundamentalmente, baseou-se o MP/TCU para atribuir responsabilidade ao recorrente, acostado à fl. 73 do vol. 1, refere-se a despacho da Procuradoria Geral do Município, encaminhado ao Gabinete do Prefeito, solicitando que este homologasse e adjudicasse o objeto do certame vencido pela empresa

61. Ora, os atos finais de homologação e de adjudicação, no bojo de um processo licitatório, são sempre afetos à autoridade superior, não sendo de se estranhar, portanto, que tenha sido o então Prefeito e ora recorrente que os haja praticado, não se podendo inferir, somente deste fato, que deva ser responsabilizado, posto tratar-se de ato normalmente executado no âmbito da Administração Pública, não tendo o condão, de por si só, atribuir responsabilidade imediata, e sem quaisquer outras considerações, a quem o realizou.

62. É bem verdade que cabe à autoridade competente pela homologação verificar a legalidade dos atos praticados, circunstância que jamais pode ser esquecida. Porém, se não havia no processo licitatório ilegalidade que manifestamente o maculasse, imperceptível à análise de um homem médio, e, ainda, se nos presentes autos

inexistem evidências de que o Sr. ... haja obrado com má-fé, dolo e/ou com culpa, em qualquer de suas modalidades, afigura-se, a nosso sentir, impossível que se lhe impute débito e que se lhe comine multa.

(...)

Voto do Ministro Relator

Este recurso de reconsideração deve ser conhecido, porquanto encontram-se preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos na Lei 8.443/1992 e no Regimento Interno/TCU.

2. No mérito, deve ser provido pelos fundamentos constantes da instrução da unidade técnica transcrita no relatório precedente, os quais adoto como razões de decidir, sem prejuízo das considerações a seguir aduzidas.

3. Diferentemente do MPTCU, entendo que não há como imputar responsabilidade ao recorrente pelos atos praticados pela Sra. ..., ex-secretária municipal de educação, e pelo Sr. ... (firma individual) durante a execução do contrato decorrente do convite 001/2001 (Processo 1.365/2001). Releva destacar que o dano ao erário apontado no processo ocorreu na fase de execução do contrato firmado com a referida firma individual, conduzida diretamente pela ex-secretária municipal de educação, segundo documentação acostada às fls. 72/108, vol. 1, e não nas fases em que houve participação direta do ex-prefeito (homologação e adjudicação).

4. Por não haver nexos causal entre o prejuízo causado ao erário pelos atos praticados pela ex-secretária municipal de educação e os atos de homologação e adjudicação praticados pelo recorrente, considero indevida a solidariedade imputada no Acórdão recorrido". (Acórdão nº 2.740/2008 – TCU – 2ª Câmara)

4.3.4. Dever da autoridade de checar se os atos produzidos por aqueles que se encontram sob sua hierarquia estão em conformidade com a ordem jurídica

Mediante representação, o Tribunal apurou irregularidades em licitações realizadas pelo Município de Montanhas, no Rio Grande do Norte. Na espécie, foram levados à efeito três convites, de números 15, 16 e 17, realizados em 2004, com valor aproximado de R\$ 100.000,00 cada. Para os três certames, realizados na mesma data, foram convidadas as mesmas três empresas, sendo que cada uma foi declarada vencedora de um convite, denotando ajuste prévio entre as empresas e a municipalidade, no



Relator:

O dano ao erário ocorreu na fase de execução do contrato, conduzida diretamente pela ex-secretária municipal de educação, sem participação do prefeito.

Atenção!

sentido de que todas fossem beneficiadas com as obras a serem contratadas. Ouvida em audiência, a **Prefeita do Município ao tempo dos fatos avocou o princípio da confiança para tentar se eximir de responsabilização perante o Tribunal. Para ela, a irregularidade deveria ser imputada aos membros da comissão de licitação, posto que, como Prefeita, não participara da condução do certame, tendo depositado confiança de que o processo seria conduzido adequadamente pelos integrantes daquele órgão colegiado, com o que não concordou a unidade técnica, segundo a qual, “a alegação de que o princípio da confiança abrigaria a defendente é imprópria”, pois “imputam-se como irregularidades à responsável atos de sua própria autoria, no caso, a homologação dos convites nos. 15, 16 e 17/2004”. No voto, o relator destacou que “se a responsável decidiu confiar em outras pessoas, in casu, nos integrantes da Comissão de Licitação, o fez por sua própria conta e risco”. Daí que, “na qualidade de ordenadora de despesa, era sua responsabilidade checar se todos os procedimentos adotados pela Comissão de Licitação encontravam-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, cancelar os certames”. Em consequência, o relator votou pela aplicação de multa à ex-Prefeita e aos demais responsáveis pela irregularidade, o que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão nº 1618/2011-Plenário, TC-032.590/2010-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.06.2011****

Síntese



Nesta aula, estudamos a responsabilização nos casos em que são identificados graves irregularidades no certame licitatório.

Vimos que a Lei 8.666/93 traz algumas atribuições aos membros de licitação, mas não remete a algum agente específico o dever de elaborar o Edital. Sobre o tema, a norma dirige-se aos “agentes públicos”, vedando-lhes a inserção de cláusulas que afetem irregularmente a competitividade do certame.

Por isso, afigura-se de mais alta relevância identificar o correto autor do ato irregular, pois é possível que tal ato tenha sido praticado, por

exemplo, no âmbito de área técnica, a qual, ao especificar impropriamente o objeto, tenha direcionado o certame para determinada empresa. Em outros termos, é fundamental investigar quem infringiu o dever jurídico que lhe competia.

Assim, cada caso exigirá o exame pormenorizado dos autos do torneio licitatório e, em determinados casos, das competências de cada agente, as quais podem estar materializadas em normativos internos do órgão ou entidade.

Nessa perspectiva, o exame da jurisprudência nos mostrou que, por vezes, são chamados ao feito agentes que não infringiram deveres que lhe cabiam, deixando-se, de outro tanto, de convocar os verdadeiros responsáveis pelo ato irregular, situação que prorroga de modo indesejável o fim do processo, com conseqüente perda de efetividade da atuação do Controle Externo.

Referências bibliográficas

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria Adjunta de Fiscalização. Orientações para elaboração da matriz de responsabilização.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte geral. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe P. Responsabilidade Civil. São Paulo, Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Vol. 1 – Parte geral.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GARCIA, Mônica Nicida. Responsabilidade do agente público. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GARCEZ NETO, Martinho. Prática de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, Vol. 371, jan-fev/2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, 28 ed. São Paulo: Saraiva. Vol. 1: parte geral

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3 ed. São Paulo: Dialética.

_____. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LOPES, Othon de Azevedo. Responsabilidade Jurídica, Horizontes, Teoria e Linguagem, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2006, p. 254.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro.. 24 ed. São Paulo: Malheiros.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Eficácia nas licitações & contratos. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Apostila de responsabilidade e processo.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Servidores públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SANTANA, Jair Eduardo. Pregão Presencial e Eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 6 ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assim. Princípios básicos de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1994.