Doutrina

COMISSÃO DE LICITAÇÃO - 03 | 22 | MAR | 2012

Título: **RESPONSABILIDADE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO, DO PREGOEIRO E DE SUA EQUIPE DE APOIO**

Autor: **Jessé Torres Pereira Júnior/ Marinês Restelatto Dotti**

Por: Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Autor, entre outras, das obras Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública (8. ed.); Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável (2. ed.); e Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas, em coautoria com Marinês Restelatto Dotti.

Marinês Restelatto Dotti

Advogada da União, Especialista em Direito do Estado e Direito e Economia pela UFRGS.

Sumário: 1. Introdução. 2. Atribuições da comissão de licitação. 3. Atribuições do pregoeiro. 4. Atribuições da equipe de apoio. 4.1 Responsabilidade da equipe de apoio por omissão. 5. Competência para a elaboração de edital ou convite. 6. Jurisprudência do TCU sobre a responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro por vícios no instrumento convocatório. 6.1 Julgados do TCU que responsabilizam a comissão de licitação por vício no instrumento convocatório. 6.2 Julgados do TCU excludentes da responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro por irregularidades no instrumento convocatório. 7. Responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro por resposta a questionamento/esclarecimento sobre disposição de edital. 8. Responsabilidade da comissão de licitação em contratações diretas. 9. Responsabilidade pela elaboração do projeto básico. 10. Responsabilidade de quem realiza pesquisa de preços. 11. Responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro. 11.1 Membro de comissão de licitação ou pregoeiro não integrante do quadro de pessoal efetivo. 12. Responsabilidades por atos diversos do pregoeiro. 12.1 Ausência de análise criteriosa dos custos unitários que compõem a planilha de formação de preços, oferecida pelo adjudicatário. 12.2 Limitação da oferta de lances. 12.3 Inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e adoção de critérios subjetivos na análise de proposta. 12.4 Ausência de publicação do aviso de edital após alterações realizadas; estipulação de tempo exíguo para envio da proposta e da documentação exigida no edital e exigência de documentos de habilitação de todos os licitantes classificados; aceitação do envio de proposta e de documentação fora do prazo; aceitação de proposta em desacordo com as exigências do edital; seleção de proposta desvantajosa para a Administração. 13. Conclusão.

1. Introdução

O tema da responsabilidade funcional de servidores nas licitações e contratações da administração pública conhece um de seus mais controvertidos capítulos no exercício das atribuições daqueles que a lei incumbe de dirigir a fase externa da competição, ou seja, o procedimento licitatório

propriamente dito.

A dificuldade geradora de controvérsias começa na delimitação daquelas atribuições das comissões de licitação, dos pregoeiros e suas equipes de apoio, e termina na aferição do grau de influência ou participação que terão exercido para a ocorrência de irregularidades, vícios ou defeitos comprometedores (i) da condução e do julgamento do certame, (ii) da execução dos contratos dele decorrentes ou dos contratos celebrados sem licitação, e (iii) dos resultados de interesse público que a Administração esperava obter com essa execução.

Ver-se-á, neste estudo, que tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial dos Tribunais de Contas há pontos de dúvida e divergência acerca da interpretação das normas regentes da atuação daqueles órgãos e servidores, seja no que respeita à extensão de suas atribuições ou no concernente à concorrência de culpa na sua atuação com a de outros agentes públicos na produção de resultados danosos, pelos quais lhes cumpriria responder ou não.

O texto a seguir demonstrará que ora prevalece tal ou qual orientação a cada caso concreto, daí a importância de os membros das comissões, os pregoeiros e os integrantes de sua equipe de apoio, bem como as autoridades que os designam e às quais permanecem subordinados, conhecerem as várias possibilidades e se precatarem de dar causa a situações que poderão criar a dúvida e a divergência sobre a correção de seu desempenho funcional.

Dessas divergências, por vezes ambiguidades, se extrai que as contratações administrativas, precedidas ou não de licitação, constituem ponto sensível do processo cultural de transição por que vem passando a gestão pública, especialmente quanto aos novos paradigmas jurídicos que as devem presidir no estado democrático de direito, a saber:

(a) a supremacia da Constituição, de que decorrem a efetividade dos princípios presentes em seu texto, explicita ou implicitamente, e a cogência das políticas públicas que estabelece;

(b) a obrigatoriedade da declaração dos motivos (conjunto das razões de fato e de direito que justifica e legitima as escolhas que impulsionam cada decisão administrativa);

(c) a submissão da discricionariedade administrativa a controles, internos e externos, com o fim de certificar-se se a autoridade administrativa adotou a melhor solução dentre as lícitas e possíveis;

(d) a importância desses motivos e discricionariedades estarem deduzidos, de modo completo e transparente, nos autos de processos administrativos bem instruídos;

(e) a busca permanente do consenso sociedade-estado na definição das opções administrativas que refletem na qualidade de vida das populações sobre as quais repercutirão aquelas opções.

2. Atribuições da comissão de licitação

São atribuições da comissão de licitação, segundo a Lei 8.666/93:

"Art. 6º [...]

XVI - 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. [...]

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou 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."

Vê-se que nenhuma das atribuições cometidas à comissão de licitação localiza-se na fase interna do procedimento, na qual se especifica o objeto, estima-se o seu valor de mercado, anota-se tal valor para fins de reserva (pré-empenho) da respectiva verba orçamentária e colhe-se a autorização da autoridade competente para realizar-se a licitação ou proceder-se à contratação direta. Deduz-se que, nos termos da lei de regência, a comissão de licitação atua tão só na fase externa do procedimento licitatório, que tem início com a publicação do edital ou a expedição da carta-convite.

Segue-se faltar à comissão competência legal para praticar qualquer ato pertinente à fase interna, expondo-se tal ato à invalidação se praticado pela comissão, dado ser a competência um dos elementos que integram a estrutura morfológica de todo ato administrativo, que há de ser íntegra, vale dizer, sem vícios de competência, forma, objeto, motivo ou finalidade, sob pena de anulação do ato e responsabilização de quem lhe haja dado causa (Lei 8.666/93, art. 49).

São atos próprios da fase externa aqueles por meio dos quais podem ser: solicitados esclarecimentos sobre as regras do ato convocatório; apresentadas impugnações a disposições deste; cadastrados os licitantes; recebidos os envelopes contendo a documentação de habilitação e as propostas de preços; credenciados[1] os licitantes que pretendam participar das sessões; analisada e decidida a habilitação dos licitantes; aceitas (classificadas) ou recusadas (desclassificadas) as propostas, técnicas ou de preços; processados e julgados, individualmente, os recursos referentes a cada uma das etapas (habilitação e propostas); adjudicado o objeto ao licitante vencedor e homologado o procedimento licitatório.

À comissão de licitação compete conduzir todas essas etapas e decidir as questões que lhes são pertinentes, tais como a habilitação/inabilitação de licitantes e a classificação/desclassificação das propostas dos licitantes habilitados; reconsiderar, se for o caso, tais decisões, caso haja interposição de recursos à autoridade competente para julgá-los; realizar diligências para o eficaz desenvolvimento da fase externa, podendo valer-se do auxílio de assessoria jurídica ou de setores técnicos para a emissão de pareceres; solicitar reforço para retirar das sessões quem quer que perturbe ou impeça a fluência dos trabalhos.

A comissão de licitação pode ser permanente (integrante da estrutura fixa do órgão ou entidade) ou especial (designada para determinada licitação, dissolvendo-se ao cabo desta), e deve ser composta por, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes (cargos em comissão também integram os quadros permanentes da administração, embora os seus ocupantes os exerçam mediante provimento provisório, sendo exoneráveis a qualquer tempo, ao nuto exclusivo da Administração) do órgão responsável pela licitação. No caso de convite, a comissão poderá, excepcionalmente, ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente.

A participação de cada membro de comissão permanente não excederá a um ano, sendo vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente. Os membros das comissões de licitação respondem 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.

3. Atribuições do pregoeiro

O pregoeiro é o servidor encarregado de conduzir, auxiliado por uma equipe de apoio, a fase externa do procedimento licitatório realizado na modalidade pregão, que também se inicia com a publicação de seu edital.

As atribuições confiadas ao pregoeiro estão expressas na Lei 10.520, de 17.07.02. No âmbito da Administração Pública Federal, encontram-se previstas, também, nos Decretos 3.555, de 08.08.00 (regulamento do pregão presencial) e 5.450, de 31.05.05 (regulamento do pregão eletrônico).

São atribuições do pregoeiro:

(i) na Lei 10.520/02:

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

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."

(ii) no Decreto 3.555/00:

"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."

(iii) no Decreto 5.450/05:

"Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial:

I - coordenar o processo licitatório;

II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração;

III - conduzir a sessão pública na internet;

IV - verificar a conformidade da proposta com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

V - dirigir a etapa de lances;

VI - verificar e julgar as condições de habilitação;

VII - receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão;

VIII - indicar o vencedor do certame;

IX - adjudicar o objeto, quando não houver recurso;

X - conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e

XI - encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade superior e propor a homologação. [...]"

"Art. 18 [...]

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas."

Registre-se, ainda, o poder-dever do pregoeiro de zelar pela ordem e o regular transcurso da sessão, o que o autoriza a tomar providências não apenas preventivas, mas, também, repressivas, como determinar a retirada de quem estiver a embaraçar, de forma ilegítima, o bom andamento da sessão, inclusive solicitando reforço policial, se necessário.

Os Decretos acima referidos, além de elencarem as atribuições destinadas ao pregoeiro, exigem que seja previamente qualificado para o seu desempenho. Assim:

(i) no Decreto 3.555/00:

"Art. 7º [...]

Parágrafo único. Somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer tal atribuição."

(ii) no Decreto 5.450/05:

"Art. 10 [...]

§ 4º Somente poderá exercer a função de pregoeiro o servidor ou o militar que reúna qualificação profissional e perfil adequados, aferidos pela autoridade competente."

4. Atribuições da equipe de apoio

À equipe de apoio incumbe auxiliar o pregoeiro na condução da fase externa do procedimento licitatório, na modalidade pregão. Inexiste tal figura formal nas demais modalidades, mas nada impede que a Administração constitua tal equipe para apoiar a comissão de licitação em situações específicas que assim recomendarem, como, por exemplo, nas licitações a cujas sessões se espera o comparecimento de número elevado de concorrentes, a multiplicar o volume de tarefas de apoio administrativo na organização e execução dos respectivos trabalhos.

Nas modalidades convencionais de licitação da Lei 8.666/93 (concorrência, tomada de preços e convite), os membros da comissão permanente ou especial de licitação respondem solidariamente por todos os atos praticados, salvo se posição individual divergente, devidamente fundamentada, estiver registrada em ata.

No pregão, diferentemente das modalidades convencionais, é o pregoeiro quem ostenta, com exclusividade, competência para responder e decidir sobre as questões relacionadas à fase externa do procedimento licitatório (esclarecimento e impugnação ao edital, classificação/desclassificação de propostas, habilitação/inabilitação de licitantes, recebimento e juízo de admissibilidade dos recursos, ou, não havendo recurso, adjudicação do objeto ao licitante vencedor), ressalvados os atos de exclusiva competência da autoridade superior.

O pregoeiro é auxiliado por uma equipe de apoio, que busca solucionar agilmente as ocorrências operacionais surgidas no curso da licitação. A celeridade característica do pregão restaria frustrada se o pregoeiro não contasse com suporte para a sua condução em tempo hábil. Sublinhe-se que o pregoeiro coordena os trabalhos da equipe de apoio, mas decide independentemente dela. À equipe de apoio cabe apenas fornecer subsídios e informações úteis à condução da fase externa do procedimento licitatório pelo pregoeiro, não exercendo ingerência alguma sobre as decisões que este houver de tomar, por isto que lhe incumbe decidir e responder pelo decidido.

Veja-se julgado do Tribunal de Contas da União:

"Apesar de ter sido feita audiência dos membros da equipe de apoio da pregoeira, entendo não ser o caso de apená-los, uma vez que eles não têm funções de natureza decisória. Nesse sentido, vale destacar o que diz o Prof. Jessé Torres Pereira Júnior (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 5ª Edição, pag. 973):

"Não se confunda equipe de apoio, referida no art. 7º, II, do decreto regulamentador, com a comissão de licitação. A diferença fundamental é evidente: no pregão, a responsabilidade de conduzir e julgar é pessoal e exclusiva do pregoeiro; nas demais modalidades de licitação, a responsabilidade de conduzir e julgar é do órgão colegiado (v. art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93). A equipe de apoio ao pregoeiro limitar-se-á a realizar os atos materialmente necessários à prática do procedimento, nenhuma influência tendo, ou podendo ter, sobre as decisões do pregoeiro". Acórdão 64/2004, Segunda Câmara. Processo 010.433/2001-5. Relator Min. Ubiratan Aguiar

4.1. Responsabilidade da equipe de apoio por omissão

Aos membros da equipe de apoio não se aplica a regra do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93 ("*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*"), tendo em vista que a equipe de apoio

não tem poder para decidir e seus atos, de regra, não são referidos em ata.

Mas a equipe de apoio não é imune à responsabilização. Ao tomar conhecimento de alguma irregularidade, inclusive a que fosse eventualmente perpetrada pelo pregoeiro, deve solicitar-lhe, formalmente, que seja consignada a ocorrência em ata, sob pena de responder pela omissão. A comunicação da ocorrência deve ser feita à autoridade superior em havendo recusa do pregoeiro em registrá-la.

Na condição de servidor público, compete ao membro da equipe de apoio, caso se depare com a prática de ato manifestamente ilegal, recusar-se ao seu cumprimento, devendo representar à autoridade superior, *ex vi* do art. 116, incisos IV, VI e XII e parágrafo único, da Lei 8.112/1990 (estatuto dos servidores da administração federal direta e autárquica).

5. Competência para a elaboração de edital ou convite

A elaboração de minuta de edital ou convite se dá na fase interna do procedimento licitatório. Para que o seu regramento contemple todas as condições atinentes ao objeto, com repercussão positiva na eficaz seleção da proposta mais vantajosa e, também, na satisfatória execução do contrato, fundamental que seja confiada a agente ou equipe com conhecimentos técnicos específicos relacionados ao objeto da licitação (princípio da especialização).

A Lei 10.520/02 (art. 3º, IV), os Decretos federais de 3.555/00 (art. 9º) e 5.450/05 (art. 11), assim como a Lei 8.666/93 (artigos 6º, XVI, e 51), ao disporem sobre a competência do pregoeiro e da comissão de licitação, respectivamente, não inserem, dentre as tarefas a eles conferidas, a de elaborar o instrumento convocatório (princípio da segregação de funções).

A Lei 8.666/93, de aplicação subsidiária à modalidade pregão, não indica expressamente a quem incumbe a elaboração do edital, referindo-se, genericamente, ao "*agente público*" (art. 3º, § 1º).

O Decreto federal 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, não deixa dúvida de que a competência para a elaboração do edital não é do pregoeiro, como se depreende dos seguintes dispositivos: "*Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial: [...] II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração*; [...] *Art. 18 [...] § 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.*"

O Tribunal de Contas da União assim sumariou o entendimento de não competir ao pregoeiro elaborar o edital da licitação, *verbis*:

"*2. O pregoeiro não pode ser responsabilizado por eventual irregularidade em editais de licitação, uma vez que a elaboração desse não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas*." (Acórdão 2.389/2006, Plenário, Processo 020.747/2005-3, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

Estranhos embora à tarefa de elaborar, na fase interna do procedimento, o instrumento convocatório da licitação, a comissão e o pregoeiro podem acompanhá-la, o que lhes ensejará maior conhecimento do objeto a ser licitado e de aspectos que venham a influenciar diretamente na seleção das propostas e no julgamento final do certame. Se, assim agindo, orientarem de algum modo a elaboração, os membros da comissão de licitação e o pregoeiro responderão, solidariamente com o agente ou setor responsável pelo edital, por eventuais ilegalidades ou irregularidades nele existentes. Será

necessário, nesse caso, avaliar a conduta de cada qual, considerando-se e as circunstâncias em que atuaram. Averbe-se o precedente do TCU:

"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." (Acórdão 687/2007, Plenário, Processo 004.319/1998-2, Relator Min. Augusto Nardes).

6. Jurisprudência do TCU sobre a responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro por vícios no instrumento convocatório

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União não é pacífica quanto a responsabilizar a comissão de licitação e o pregoeiro por vícios constantes no instrumento convocatório. Há julgados que aplicam penalidade a esses agentes, na premissa de que não podem adotar atitude passiva diante de vícios no instrumento, que constitui a base para todo o seu trabalho de processamento da licitação. Em outros, a Corte de Contas pronunciou-se pela isenção de responsabilidade desses agentes pelo processamento de licitação baseada em instrumento convocatório viciado, pelo fato de não terem participado de sua elaboração.

Medida útil para evitar que a comissão de licitação e o pregoeiro respondam por eventuais irregularidades ou ilegalidades nos atos convocatórios é a de promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, conforme autorizado pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, de aplicação subsidiária à modalidade do pregão (art. 9º da Lei 10.520/02), em qualquer fase da licitação. Assim, ao identificarem vício no instrumento convocatório, ou havendo suspeitas de que exista, suficiente para macular a licitação - ilustra-se com a presença de dispositivo ou cláusula restritiva à competitividade, contrária às normas aplicáveis, ou, ainda, que atente contra os princípios administrativos -, é prudente que esses agentes solicitem esclarecimentos ao órgão competente (técnico e/ou jurídico), precatando-se em não dar continuidade à licitação.

Veja-se que a legislação federal não consente na continuidade de atos administrativos que afrontem o princípio da legalidade. Assim estabelecem os artigos 2º e 53 da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos."

Também o art. 4º da Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa:

"Art. 4° Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos."

E ainda o art. 116, IV, da Lei 8.112/90, o estatuto do servidor público federal:

"Art. 116. São deveres do servidor: [...]

IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais".

6.1 Julgados do TCU que responsabilizam a comissão de licitação por vício no instrumento convocatório

No rol de julgados que se seguem, a Corte de Contas pronunciou-se pela responsabilização da comissão de licitação em decorrência de vícios no instrumento convocatório.

"5.7... ainda que a Comissão de Licitação não detenha competência para a prática da elaboração do edital, que compete à Administração, não poderia adotar uma atitude passiva diante de vícios nesse instrumento, que constitui a base para todo o seu trabalho de processamento da licitação, senão chegaríamos à possibilidade absurda de a Comissão dar seguimento a um procedimento patentemente irregular, por vício óbvio no edital, com grande prejuízo à Administração Pública daí advindo, e levar a licitação a seu término, com adjudicação do objeto, ainda que conhecedora do problema desde o início de suas tarefas.

5.8 Corrobora ainda a argumentação aqui exposta o disposto no § 1º do art. 41 da Lei 8.666/93, ao facultar a qualquer cidadão a impugnação do edital de licitação por irregularidade na aplicação daquela lei, devendo a Administração julgar e responder em até três dias úteis.

5.9 Estabelece-se, portanto, um mecanismo formal e padronizado para descontinuidade de edital eivado de vícios de legalidade.

5.10 Mencione-se, ainda, que a jurisprudência desta Corte de Contas possui inúmeros julgados que indicam não dever a Comissão de Licitação tolerar vícios no edital: Acórdãos 2.640/07 - Plenário, 2.639/07 - Plenário, 2.638/07 - Plenário (...), 1.727/05 - Segunda Câmara, 135/05 - Plenário, dentre outros.

5.11... no caso em tela, o vício do edital em questão era patente e óbvio, já que especificava marca de produto, em notória afronta à Lei 8.666/93 e à jurisprudência desta Corte de Contas, que os membros da Comissão de Licitação deveriam conhecer.

5.12 Diante dessa argumentação, podemos refutar os argumentos dos recorrentes, pois, ainda que os atos anteriores, que culminaram com a elaboração do edital, não sejam de competência da Comissão de Licitação e não haja assinatura de seus membros em nenhum dos documentos correspondentes, a Comissão, ante a interpretação sistemática da legislação incidente ao caso, não poderia dar prosseguimento a procedimento com afronta clara ao princípio da legalidade, causada por vício no edital" (Acórdão 833/2008, Plenário, Processo 007.792/2004-5, Relator Min. Valmir Campelo).

Em outro julgado, o recurso da comissão de licitação não foi provido, ante o emprego de modalidade indevida e direcionamento da licitação. Assim:

"7. Restou patente, primeiro, a responsabilidade dos integrantes da Comissão de Licitação, Srs. [...], quanto às irregularidades na condução do certame, caracterizadas desde falhas graves na elaboração do edital (ausência de definição adequada do objeto licitado e de planilhas detalhadas que demonstrassem a estimativa dos custos realizados, e inexistência, nos autos do procedimento licitatório, do instrumento convocatório), utilização de modalidade diversa da exigida (convite em

vez de tomada de preços) e do direcionamento em benefício do contratado, Sr. [...].

8. Esse último fato - direcionamento da licitação - caracterizou-se pelo conjunto de indícios carreados aos autos, entre os quais semelhança de tipologia das máquinas de escrever utilizadas no preenchimento dos formulários entregues aos concorrentes por ocasião da licitação, coincidência havida entre os preços ofertados e a estimativa realizada pela entidade contratante, identidade verificada entre o vencedor e a motivação adotada para a contratação (encerramento do contrato anterior com o próprio licitante vencedor), e o substabelecimento, em data próxima (22.07.03) à do encerramento do contrato (09.08.03), de mais de uma dezena de processos para a carga de trabalho do contratado, situação que indicaria uma eventual renovação do ajuste.

9. Nessa linha, descabe prover os recursos interpostos pelos aludidos recorrentes." Acórdão 2135/2009, Plenário, Processo 014.319/2004-3, Relator Min. Augusto Nardes).

6.2 Julgados do TCU excludentes da responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro por irregularidades no instrumento convocatório

Confiram-se, a seguir, julgados da Corte de Contas que excluem a responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro por irregularidades em editais de licitação, de cuja elaboração não lhes cabia participar.

(a) "16. É imputada aos recorrentes a responsabilidade em face de irregularidades praticadas na Concorrência nº 02/97, que resultou na contratação da empresa [...] para a realização de funções típicas da [...], contrariando o art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Além dessa irregularidade, aos recorrentes ainda foram imputadas as seguintes:

[...]

IV) previsão do poder da Fundação [...] de indicar ou determinar quem poderia trabalhar para a contratada, desrespeitando o art. 3º da lei 8.666/93, por afrontar os princípios basilares da moralidade e impessoalidade; [...]

24. Com relação à irregular contratação indireta de mão-de-obra, 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.

26. Com efeito, o professor Carlos Pinto Coelho Motta doutrina em seu livro `Eficácia nas Licitações & Contratos, 9ª edição, da editora Del Rey, à pg. 51", que as funções básicas da comissão permanente de licitação são: habilitação preliminar; inscrição em registro cadastral, alteração e cancelamento; avaliação e classificação das propostas; observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

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 do TC-004.377/1997-4 (apenso aos autos do processo sob análise) - onde se encontram a solicitação de abertura do processo de licitação (referente à Concorrência nº 02/97 da FRP), 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 fls. 2 do referido volume 1 (TC-004.377/1997-4), solicitação de abertura de processo para contratação de serviços de produção televisiva, requerida pela Coordenação Geral de Recursos Humanos. À fls. 3, 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 constatam-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. Depois de passar por todas essas autoridades superiores, verificamos nos autos a participação dos membros da comissão permanente de licitação apenas nos procedimentos afetos à fase externa da licitação. Dessarte, não restou comprovado, nos autos, participação desses na definição do objeto licitado.

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.

33. A decisão que considerou os recorrentes culpados pela irregular contratação indireta de mão-d--obra fundamentou-se no § 3º, do art. 51, da Lei 8.666/93, que prescreve o seguinte: "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"(Grifamos).

34. Cabe destacar que o *caput* do referido art. 51 traz as atribuições da comissão permanente de licitação - a qual expomos alhures - dentre as quais não se encontra a definição do objeto. Ademais, o seu § 3º, transcrito, estipula a responsabilidade pelos atos praticados pela comissão. Ora, se o ato de definição do objeto da licitação não foi praticado pela comissão, essa não pode ser responsabilizada

sob tal fundamento, não ocorrendo, no caso, a subsunção do fato à norma.

35. Por tais motivos, acreditamos estar presente a hipótese prescrita no inciso II, do art. 35 da Lei 8.443/92, tendo sido insuficientes os documentos que vincularam os recorrentes à irregular contratação de pessoal, o que enseja nova análise de mérito. A manifestação de concordância da comissão, a nosso ver, diz respeito ao rito da Lei 8.666/93, e não inclui matéria alheia à sua competência, prevista em outras legislações ou na Constituição, pois quanto a essas, a autoridade competente, para a fiel exegese, é a assessoria jurídica, acompanhada das autoridades superiores do órgão.

[...]

Voto do Ministro Relator [...]

4. No mérito, estou de acordo com as análises proferidas pela unidade técnica e endossadas pelo Ministério Público, cujos fundamentos incorporo a essas razões de decidir.

5. [...] pesou muito contra os responsáveis o fato de contratarem mão-de-obra indireta, sem concurso público, em flagrante desrespeito ao art. 37, II, da Constituição Federal.

6. Examinando-se os argumentos dos recorrentes - ex-membros da comissão de licitação da [...] -, verifico que procedem suas alegações, no que pertinente 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.

8. Todavia, não posso fazer o mesmo com as demais irregularidades, subsistentes por falta de argumentos capazes de reformar o acórdão combatido, onde restou a responsabilidade conjunta dos membros daquela comissão com os dirigentes da [...].

9. Por essas razões, e considerando ainda que não houve a participação dos membros da CPL na definição do objeto da contratação da mão-de-obra indireta, acolho os pareceres precedentes e dou provimento parcial aos seus recursos, nesse particular." (Acórdão 687/2007, Plenário, Processo 004.319/1998-2, Relator Min. Augusto Nardes);

(b) "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 [....], 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 10.520/2002; arts. 5º e 14º, do Decreto 3.697/2000 e art. 9º, do Anexo 1, do Decreto 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. [...]

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

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 2.389/2006, Plenário, Processo 020.747/2005-3. Relator Min. Ubiratan Aguiar);

(c) "22... recorre-se ao entendimento exposto no âmbito do Acórdão 201/2006 - TCU - Segunda Câmara, de lavra do Exmo. Ministro Relator Ubiratan Aguiar, pela similitude da situação posta à apreciação desta Corte de Contas, quando do afastamento, em sede recursal, da responsabilidade do pregoeiro pela elaboração do edital de pregão posteriormente por ele conduzido, *in verbis*:

11.2.11 Dado que os problemas concentraram-se no citado edital e ao pregoeiro dessa licitação foi imputada a responsabilidade pelos ilícitos, é fundamental, portanto, determinarmos quem é o responsável pela elaboração do edital do pregão e quais as atribuições do pregoeiro.

11.2.12 No tocante ao responsável pelo edital da licitação na modalidade pregão, Jorge Ulisses (ob. cit. p. 488) leciona o seguinte: "A lei do pregão não disciplina quem deve elaborar o edital. Na prática há dois entendimentos diferentes e antagônicos: os que entendem que a responsabilidade da elaboração deve competir ao pregoeiro e os que inadmitem essa possibilidade.", conclui então: "Entre uma e outra posição, mais correta a segunda. (...)." (Destaque do original). Em termos das funções do pregoeiro, Jorge Ulisses, na obra já citada (p. 468), menciona que a função do pregoeiro corresponde a uma função gerencial, pois gerencia um procedimento fortemente regulado em lei.

11.2.13 Quanto à elaboração do edital e às atribuições do pregoeiro, Joel de Menezes Niebuhr anuncia o seguinte (ob. cit. pp. 68/69): "Com efeito, o inciso I do artigo 3º da Lei 10.520 prescreve:

"(...)". Em outras palavras, a autoridade competente é a responsável pela fase interna do pregão, pois cabe-lhe definir as cláusulas do edital." E: "O pregoeiro é o responsável pela condução da fase externa do pregão, a partir da publicação do edital até a adjudicação do objeto licitado ao vencedor, reunindo em si, praticamente, todas as atribuições conferidas pela Lei 8.666/93 à comissão de licitação.(...)."

(...) 11.2.15 Ademais, se, a título de perquirição, analisássemos que a ausência de critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global no edital do Pregão nº 12/2001 foi uma afronta à norma legal, teríamos que imputar a multa pertinente ao responsável pela elaboração do edital. Tendo o Recorrente exercido a função de pregoeiro, o qual não define os parâmetros da licitação, apenas a executa, não seria ele a receber a apenação pela irregularidade, por não ser o agente da infração à lei. (ênfase acrescida)" (Acórdão 4848/2010, Primeira Câmara, Processo TC-010.697/2009-9, Relator Min. Augusto Nardes);

(d) "11... deixo de acolher a proposta de manutenção das multas aplicadas aos servidores [...] e [...], bem como ao ex- Diretor Geral do [...], Sr. [...].

12. Justifico. No que diz respeito ao servidor [...], porque, ao reexaminar suas alegações de defesa (fls. 517, vol. 2), verifiquei que o responsável teve participação no certame apenas na reunião de recebimento das propostas e na de habilitação das empresas, conforme atas às fls. 57/58 e 74, do volume principal.

13. Entendo que tais fases do procedimento licitatório não se destinam à observância dos aspectos econômicos do edital, nem de seu caráter competitivo, não se podendo responsabilizá-lo pela prática de atos de ofício que não geraram dano ao erário, nem afastaram o caráter competitivo do certame, pois entre as suas atribuições, naquelas fases, não se incluíam a de questionar os termos do edital devidamente aprovado por seus superiores, com a chancela da Consultoria Jurídica.

14. Por essas razões, considero que se deva afastar a multa que lhe foi aplicada. A propósito, esta Corte, no acórdão recorrido, acolheu as razões de justificativa da Sra. [...], em razão de ter conseguido demonstrar sua participação na CPL, justamente quando apenas participou da reunião de habilitação das empresas, bem como as do Sr. [...], que também foi membro da CPL, atuando apenas na reunião de recebimento das propostas (fls. 211, vol. 1).

15. Pelos mesmos fundamentos, igual tratamento estendo ao servidor [...], que não atuou na fase preparatória do certame e teve sua participação, como membro da CPL, apenas na fase de julgamento das propostas, conforme ata às fls. 481/482, v. 2, vinculando-se apenas aos termos do edital, que fora elaborado e aprovado por outros responsáveis, inclusive com o concurso da Consultoria Jurídica do Ministério da [...]." (Acórdão 556/2008, Primeira Câmara, Processo 008.985/2000-3, Relator Min. Augusto Nardes);

(e) "Quanto à responsabilidade dos membros da Comissão Permanente de Licitação, também comungo do parecer do Ministério Público, no ponto em que não se pode imputar-lhes as irregularidades atinentes à: inobservância do princípio do parcelamento do objeto pelo edital; divergência entre a minuta e o contrato celebrado; falta de comprovante da publicação do termo de contrato; ausência de termos aditivos ao contrato; e ausência de comprovação de prestação de garantia contratual, por parte da empresa [...].

Tais condutas não estão na alçada da Comissão Permanente de Licitação, já que tanto a estratégia

de contratação, seja de forma global, seja de forma parcelada, são pré-definidas pelo órgão técnico requisitante da Prefeitura Municipal de [...] e aprovada pelos gestores máximos daquela administração. Aos membros da CPL incumbe apenas o processamento do procedimento licitatório. De igual forma, não se lhes pode atribuir responsabilidade por falhas na formalização e execução do contrato, pois que tais funções são cometidas ao órgão gestor da execução e acompanhamento da avença." (Acórdão 1190/2009, Plenário, Processo 012.740/2004-0, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues).

7. Responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro por resposta a questionamento/esclarecimento sobre disposição de edital

A Lei 8.666/93 prevê a possibilidade de serem feitos questionamentos referentes ao edital de licitação que se realiza, ensejando, assim, adequado entendimento quanto às regras do procedimento e, também, à execução do objeto.

Assim:

"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: [...]

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;"

O dispositivo da Lei 8.666/93, acima citado, é aplicável subsidiariamente à modalidade do pregão (art. 9º da Lei 10.520/02). Veja-se que o art. 19 do Decreto 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito dos órgãos da Administração Pública federal direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estabelece que os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, exclusivamente por meio eletrônico via internet, no endereço indicado no edital.

Os esclarecimentos destinam-se a escoimar dúvidas decorrentes de eventual ou suposta ambiguidade do texto do ato convocatório, e podem ser formulados pelos licitantes interessados em participar da licitação ou por qualquer cidadão, titulares que são do direito subjetivo de petição aos poderes públicos (CR/88, artigos 5º, incisos XXIII e XIV, e 37, § 3º, incisos I e II).

Para isso, é fundamental que o instrumento convocatório consigne os locais, horários e meios de comunicação (fac-símile, e-mail etc.) aptos a recebê-los, e, ainda, que a resposta da Administração ocorra em data anterior à entrega dos envelopes, nas modalidades convencionais da Lei 8.666/93 (concorrência, tomada de preços e convite), e à apresentação da proposta, em sendo a modalidade adotada o pregão.

As respostas aos questionamentos são prestadas pela comissão de licitação (art. 6º, XVI, da Lei 8.666/93) ou pelo pregoeiro (art. 3º, IV, da Lei 10.520/02 e art. 11, II, do Decreto 5.450/05), e são vinculativas para a Administração e para os licitantes, como anotou o Superior Tribunal de Justiça: "*a resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde*

que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao edital" (REsp 198.665/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 3.5.1999).

A resposta deve ser interpretativa e não modificativa da regra editalícia, vedada a utilização desse expediente para a criação de regra não prevista no edital ou convite, a atrair a responsabilidade da comissão de licitação ou pregoeiro frente ao controle externo.

Anote-se a orientação jurisprudencial do TCU:

"10. Como se observa, em que pese o fato de que os responsáveis agiram seguindo orientações do setor de informática [...], não se pode atenuar a responsabilidade dos mesmos quanto aos equívocos cometidos na condução do certame, em especial, pela desclassificação da empresa [...].

11. É forçoso reconhecer que o pregoeiro afirmou, em um primeiro momento, que o item 1.2.3 do anexo II do edital dizia respeito à quantidade total de slots e não a livre. Tal assertiva, como já mencionado, e consoante jurisprudência do STJ, tem efeito vinculante para os participantes, nos termos do art. 41 da Lei 8.666/1993, pois ocorreu em sede de esclarecimentos feitos à recorrente e posteriormente repassados aos demais licitantes.

12. Diante dessa resposta, a empresa [...] passou a crer que seu produto atendia as especificações previstas no edital, quanto ao número mínimo de slots. Todavia, posteriormente, foi a mesma desclassificada por apresentar uma máquina que efetivamente tinha 4 slots livres, e que, ao contrário do afirmado, não atenderia à exigência mínima de 5 slots livres para uso do órgão.

13. Não se trata, portanto, de responsabilizar o pregoeiro por eventuais erros no edital, mas, sim, responsabilizá-lo por informação por ele prestada, que, nitidamente, acabou prejudicando a licitante." (Acórdão 915/2009, Plenário, Processo 006.595/2007-6, Relator Min. José Jorge).

8. Responsabilidade da comissão de licitação em contratações diretas

A verificação de que a contratação pretendida pela Administração pode realizar-se de forma direta, seja por inexigibilidade ou dispensa de licitação, é atribuição da autoridade competente na estrutura do órgão ou entidade pública, amparada que deve ser pela manifestação da assessoria jurídica (art. 38, VI, da Lei 8.666/93). Tal atribuição não é da comissão de licitação, seja ela permanente ou especial. A Lei 8.666/93, nos artigos 6º, XVI, e 51, delimita as atribuições conferidas à comissão de licitação, não estando inseridas no rol a manifestação ou autorização referente à contratação direta.

Nesse sentido:

"12... assiste razão à unidade instrutiva, pois o exame das situações de dispensa e inexigibilidade de licitação não integra o plexo de competências dessa Comissão, assim descrito nos seguintes dispositivos da Lei 8.666/1993:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

(omissis)

XVI - 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.

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, e 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

13. De acordo com a doutrina de Jessé Torres Pereira Júnior (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp 262 e 322.), 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.

14. Dessarte, considerando que a atuação da referida Comissão não constituiu elemento essencial para a contratação direta, considero apropriada a exclusão da responsabilidade das Sras. [...]." (Acórdão 2124/2008, Primeira Câmara, Processo 011.636/2005-5, Reator Min. Marcos Bemquerer Costa).

9. Responsabilidade pela elaboração do projeto básico

O projeto básico é documento que deve instruir todo processo de contratação de obra ou serviço, qualquer que seja a modalidade de licitação regrada pela Lei 8.666/93, e, também, nas contratações diretas, por força do disposto no art. 7º, § 9º, da mesma Lei. O termo de referência, utilizado na modalidade pregão, presencial e eletrônico, faz às vezes do projeto básico, antecedendo a elaboração do respectivo edital.

Os principais elementos que devem compor o projeto básico e, por aplicação extensiva, o termo de referência, encontram-se no art. 6º, IX, da Lei 8.666/93. Tais instrumentos integram o ato convocatório como anexo, conforme estabelece o art. 40, § 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*".

Tais projetos devem ser elaborados por profissionais que detenham conhecimento técnico específico relacionado ao objeto da licitação ou contratação direta (princípio da especialização), pertencentes, preferencialmente, à estrutura da Administração. Não existindo tais profissionais, é possível sua contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com base nos artigos 13, I, c/c art. 25, II, da Lei 8.666/93, desde que o objeto seja de natureza singular e que a contratação se celebre com profissionais ou empresas de notória especialização, devidamente justificados e de acordo com o preço praticado pelo mercado. Ressalvada a hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação, estabelece a mesma Lei, no § 1º do art. 13, que os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

A tarefa de elaborar o projeto básico ou o termo de referência não é da comissão de licitação, nem do pregoeiro, respectivamente, competindo a esses agentes conduzir a fase externa da licitação, que se inicia com a publicação do edital ou a expedição da carta-convite.

A segregação de funções, além de influenciar na especialização de agentes e setores da Administração, delimita a competência administrativa e, por conseguinte, a responsabilidade de

cada um dos envolvidos na licitação ou contratação direta.

Está sujeito à responsabilização perante o controle externo, exercido pelo Tribunal de Contas, não só aquele que elaborou o instrumento convocatório viciado, como, também, aquele que elaborou projeto básico ou termo de referência defeituoso em que se baseou o edital ou o convite, seja ele agente público ou terceiro contratado pela Administração, e, ainda, a autoridade que o aprovou.

Se a comissão de licitação ou o pregoeiro identificar ou suspeitar da existência de algum vício em um desses instrumentos, anexos obrigatórios do edital, deve promover diligência destinada a esclarecê-lo (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93), suspendendo-se a licitação para esse fim, se necessário. Configurado vício capaz de macular a licitação, devem propor à autoridade competente a anulação do certame.

No julgado a seguir transcrito, o Plenário do Tribunal de Contas da União, dissentindo da unidade técnica (que entendeu que os erros do projeto básico eram visíveis e, portanto, deveriam ter sido percebidos pela comissão de licitação), concluiu pela não responsabilização da comissão de licitação pelo processamento de concorrência baseada em projeto básico defeituoso:

"20. Trata-se, na verdade, de falhas grosseiras, que foram capazes de levar este Tribunal a considerar inepto o referido projeto, determinando, em consequência, que a obra somente fosse reiniciada após a conclusão e aprovação do projeto executivo. A necessidade de se antecipar a conclusão do projeto executivo, cuja elaboração estava prevista para ocorrer durante a execução das obras, provém, assim, diretamente da inconsistência do projeto básico. Na prática, a medida corretiva ordenada pelo TCU significou o reconhecimento da completa inutilidade do projeto básico.

21. Diferentemente do que sugerem os responsáveis, não se propõe que a comissão de licitação deva se encarregar da elaboração ou da retificação de projeto básico. Entretanto, não pode a comissão adotar a postura passiva de meramente receber qualquer documento contendo a denominação de projeto básico, que lhe seja encaminhado pelo órgão interessado no certame, sem ao menos se preocupar em verificar se o documento em questão atende aos requisitos legais.

22. Não se trata de exigir da comissão de licitação que analise em profundidade o projeto básico e suas sutilezas técnicas, mas que examine com atenção o material recebido, a fim de verificar se estão ali presentes todos os elementos exigidos na lei. Detectada a falta de requisito legal essencial, deve a comissão, não corrigir ela própria a deficiência, mas solicitar os dados complementares ou os esclarecimentos cabíveis à autoridade que lhe encaminhou o projeto, deixando de dar seguimento ao certame enquanto não atendida a contento essa solicitação.

23. Não se pode esquecer que a lei assegura à comissão de licitação a faculdade de, em qualquer fase do procedimento, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

24. No caso concreto em questão, há deficiências no projeto básico perfeitamente verificáveis a partir de exame superficial pelos membros da comissão de licitação, sem que para isso precisassem deter qualquer conhecimento específico em matéria de engenharia. É o que sucede, por exemplo, com a falta de estudos conclusivos e atualizados que estão na origem da indefinição da técnica construtiva e do traçado da adutora ao longo do campo de Perdizes (cerca de 20 km) e no trecho de 2,8 km entre o Estreito dos Mosquitos e o Centro Operacional, assim como com a ausência de detalhamento dos preços unitários dos serviços.

25. Dada a importância do projeto básico para a licitação e, por conseguinte, para a contratação e execução da obra, cabe à comissão de licitação dispensar especial atenção a esse documento, para cuja análise pode até recorrer ao auxílio de profissionais qualificados em matéria técnica de maior complexidade, como recentemente admitiu esta Corte de Contas, consoante trecho do Voto do eminente Ministro Augusto Nardes que fundamentou o Acórdão 739/2007 - Primeira Câmara, adiante reproduzido. Releva notar que na mesma deliberação o Tribunal aplicou multa a membro de CPL por faltar ao projeto básico o orçamento detalhado em planilhas:

8. No que atine à responsabilização do Sr. [omissis], presidente da CPL, não merece reparos a análise empreendida pela Secex, uma vez que a alegada falta de conhecimento para a elaboração do orçamento detalhado em planilhas não afasta a obrigatoriedade de o Projeto Básico o conter. Deveria o responsável, nessa situação, demandar os trabalhos de pessoa competente para este desiderato. (Acórdão 739/2007 - Primeira Câmara, Sessão de 27.03.07, Ata 9/2007).

26. A responsabilização dos membros da comissão de licitação deriva, portanto, da omissão em verificar, pelos meios que estavam ao seu alcance, se o projeto básico que iria embasar a concorrência atendia às exigências legais.

27. Por essas razões, considera-se que o argumento dos responsáveis não deve ser acolhido.

3º argumento: Ausência de fundamentos fáticos e jurídicos para aplicação de multa

28. Nessa parte, os responsáveis invocam os argumentos anteriores (ausência de dolo, má-fe ou de prejuízos aos cofres públicos) para pedir a aplicação ao caso em exame da mesma interpretação adotada no Acórdão 1.158/2005 - Plenário e demais julgados ali referidos, a qual, segundo os defendentes, estabelece que, mesmo na improcedência das alegações dos responsáveis, só caberia a aplicação de multa em casos de flagrante transgressão, facilmente constatável.

Análise

29. O entendimento expresso no julgado citado não se ajusta ao presente caso, que configura infração suficientemente grave para justificar a imposição de multa aos responsáveis.

30. Não é demais lembrar os imensos transtornos que a inadequação do projeto básico tem trazido para empreendimento de tamanha relevância para o Estado, notadamente, para a capital. A execução da obra de duplicação da adutora [...] se encontra paralisada há mais de cinco anos, sem perspectivas conhecidas de retomada, e entre as causas dessa paralisação sobressai exatamente a precariedade do projeto básico.

12. Propõe o ACE, ao fim do aludido expediente, o encaminhamento anteriormente alvitrado, qual seja o da aplicação, aos responsáveis, da multa cominada no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992 (fl. 1.316, v. p. V), sugestão à qual anuiu a Diretora Técnica (fl. 1.317, v. p. V).

13. O Secretário em Substituição, por seu turno, dissente, a partir dos argumentos ora transcritos, do encaminhamento supra (fls. 1.318/1.321, v. p. V):

9. Em se tratando decerto de uma obra complexa, como é o caso da [...], orçada à época em cerca de R$ 302.957.328,01, cabe salientar que o *caput* do art. 51 da Lei 8.666/1993 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. A despeito

dessas atribuições, o professor Carlos Pinto Coelho Motta ensina em seu livro Eficácia nas Licitações & Contratos, 9ª edição da editora Del Rey, à pagina 51 que as funções básicas da comissão permanente de licitação são: habilitação preliminar, inscrição em registro cadastral, alteração e cancelamento, avaliação e classificação das propostas; e observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

10. Nesse diapasão, as atribuições dos membros de CPL - segundo a lei e doutrina - estariam mais intrinsecamente ligadas à fase externa do procedimento licitatório. No caso em apreço, a elaboração do projeto básico constitui, a nosso ver, um ato vinculado à fase interna da licitação, porquanto elaborado no âmbito da [...], ou seja, em ambiente extemporâneo à atuação da comissão. Com efeito, em que pese as observações do Sr. Analista Informante, fls. 1.315, de que há deficiências do projeto básico perfeitamente verificáveis a partir de exame superficial pelos membros da comissão de licitação, sem que para isso precisassem deter qualquer conhecimento específico em matéria de engenharia (falta de estudos conclusivos e atualizados que estão na origem da indefinição da técnica construtiva e do traçado da adutora ao longo do campo de Perdizes e no trecho de 2,8 km entre o Estreito dos Mosquitos e o Centro Operacional, assim como a ausência de detalhamento dos preços unitários dos serviços), não se pode deixar de anotar que uma empresa de engenharia fora contratada para elaborar esse projeto, registre-se de grande porte, afigurando-se-nos assim - a despeito de não se eximir a CPL de um acurado exame desse documento - um cenário já consolidado frente às minúcias de natureza técnica e construtiva da [...], portanto de difícil intervenção por parte da comissão.

11. Ademais, o paradigma mencionado pelo Sr. Analista (Acórdão 739/2007 - 1ª Câmara), diz respeito a várias irregularidades verificadas na condução de certame licitatório destinado à contratação de serviços de manutenção e reparos de embarcações de propriedade do [...], pertencentes ao [...], utilizadas em projeto de pesca artesanal, dentre estas a não verificação, pela comissão, de que o projeto básico exigia que a Planilha de Custos e Formação de Preços, a ser apresentada após vistoria da embarcação pelo proponente, contivesse o detalhamento dos custos que compõem os preços, bem como o valor unitário dos serviços descritos em cada item especificado no projeto básico, portanto em uma situação de menor complexidade com a que ora nos deparamos, pesando também contra os membros da licitação ali fiscalizada, indícios de condutas desidiosas e dolosas, diferentemente do quadro ora em exame.

12. Assim sendo, ao contrário do ponto de vista expendido na instrução de fls. 1.310/1.316, cremos possam ser levados em consideração os argumentos apresentados pelo Sr. [...] e pela Sra. [...], aproveitando aos demais membros da CPL, Srs. [...].

13. Com estas considerações, manifestamo-nos em desacordo com as conclusões contidas nos pareceres precedentes, fls. 1.316/1.317, opinando sejam acatadas as justificativas apresentadas pelo Sr. [...] e pela Sra. [...], estendendo esse juízo aos Srs. [...] (membros da Comissão Permanente de Licitação do .....), ratificando-se a proposta de apenação de multa ao Sr. [...], ex-Diretor Presidente da [...], consignada à fl. 1.200." (Acórdão 2206/2008, Plenário, Processo 011.028/2003-4, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa).

10. Responsabilidade de quem realiza pesquisa de preços

Tampouco incumbe à comissão de licitação ou ao pregoeiro a realização de pesquisa de preços no mercado acerca do objeto da licitação. Essa atribuição deve ser confiada a agentes ou setores estruturados para essa finalidade, em vista da diversidade e complexidade dos objetos (princípio da

segregação de funções), respondendo perante o controle externo caso a pesquisa tenha sido deficiente, ensejando a contratação do objeto com sobrepreço ou por preço inexequível.

Mas os membros da comissão de licitação ou o pregoeiro não são absolutamente imunes à responsabilização caso tenham participado de insatisfatória pesquisa de preços, em solidariedade com os agentes que a realizaram.

Seguem-se julgados do Tribunal de Contas da União a respeito.

(a) "4.3. Sr. [...], Assistente Administrativo responsável pela elaboração da planilha orçamentária do Pregão nº 019/2009, em face de o documento conter preços unitários acima do valor mercadológico, mormente tendo em vista que quando da realização do Pregão nº 414/2008, apenas um mês antes daquele, com objeto idêntico, já era possível a percepção de que a planilha orçamentária elaborada estava com preços muito superiores aos comercializados no mercado local, haja vista a proposta apresentada pelas empresas participantes, fato este que possibilitou à empresa [...] lograr-se vencedora do certame, mesmo apresentando proposta com sobrepreço.

8. Sem dúvida os fatos acima são graves o suficiente para merecer reprimenda desta Corte, porém as responsabilidades devem ser imputadas tão-somente a quem de direito. Nesse sentido, não vejo como manter a multa aplicada ao [...], pois ele não foi o responsável pela elaboração do edital e, principalmente, ateve-se estritamente aos termos deste. Além disso, lúcidas são as palavras da unidade instrutiva ao expor o que segue: (...)

23. Ademais, como bem ressaltou a defesa do recorrente, não haveria amparo legal, nem sequer editalício, para, após a abertura das propostas, que o pregoeiro deixasse de adjudicar o certame à empresa vencedora, com fundamento, unicamente, na última proposta apresentada pela atual vencedora em certame diverso, eis que aquele procedimento já se encontrava findo, tendo sido considerado, à época, fracassado. O que talvez pudesse ter sido feito, seria, antes mesmo da publicação do referido edital, alterar as planilhas orçamentárias, ante as propostas apresentadas no certame precedente, mas tal atribuição caberia ao responsável por sua elaboração ou à autoridade responsável pelo certame, e não, frise-se, ao pregoeiro que deveria, no caso concreto, conduzir o certame nos limites legais e do edital, previamente aprovado. [...]

Acórdão [...]

9.2. conhecer do pedido de reexame apresentado por [...], para, no mérito, dar-lhe provimento;" (Acórdão 4848/2010, Primeira Câmara, Processo TC-010.697/2009-9, Relator Min. Augusto Nardes);

(b) "37. Relativamente à responsabilidade dos membros da comissão de licitação por eventual sobrepreço, cabem as seguintes observações.

38. De forma usual, os órgãos e entidades da Administração possuem departamentos ou seções especializadas que são encarregadas da elaboração de editais para as suas licitações. Tais áreas técnicas estão capacitadas a elaborar os termos editalícios, e, ainda, se for o caso, os orçamentos.

39. Por vezes, dada a magnitude do empreendimento a ser licitado, a Administração utiliza mão-d--obra especializada para elaborar tais peças (edital e orçamento). À comissão de licitação incumbe verificar se há projeto básico, se o orçamento foi elaborado, checar a qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal, habilitação jurídica, dentre outras tarefas. De forma precípua, não cabe à comissão de licitação elaborar o orçamento.

40. O Professor Jessé Torres Pereira Junior leciona que três são as incumbências principais de uma comissão de licitação, quais sejam: (a) decidir sobre pedidos de inscrição no registro cadastral, bem como sua alteração ou cancelamento; (b) decidir sobre a habilitação preliminar dos interessados em participar de cada certame; (c) julgar e classificar as propostas dos licitantes habilitados (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, editora Renovar, 2002, pag. 533).

41. Assim, à falta de dispositivo legal, não há como exigir que a comissão faça levantamento de todo o trabalho já realizado pela área encarregada de elaborar o edital e o respectivo orçamento. Como asseverado pelo Exmo. Ministro Ubiratan Aguiar, no voto condutor do Acórdão 1859/2004-TCU-Plenário (TC-003.721/2001-0), se assim fosse, melhor seria que a própria comissão elaborasse o orçamento e o edital.

42. No presente caso, não há nos autos elementos que atestem, de forma taxativa, que os membros da comissão de licitação tenham participado da elaboração dos orçamentos inquinados com sobrepreço, que mais tarde materializou-se em superfaturamento, ocasionando o dano ao erário apurado.

43. Todos os membros da comissão de licitação foram taxativos, em suas alegações de defesa, ao afirmar que receberam o processo de licitação pronto, com todas as peças, para então darem seguimento ao procedimento.

44. Nesse sentido, à míngua de elementos que caracterizem, de forma inarredável, que os membros da comissão de licitação tenham elaborado os orçamentos maculados com sobrepreço, não vislumbro como responsabilizá-los por tal irregularidade."(Acórdão 1428/2010, Primeira Câmara, Processo 004.952/1995-2, Relator Min. Weder de Oliveira);

(c) "4.4.1.1 Para a análise das propostas de preços, a Pró-Reitoria de Administração designou uma Comissão Técnica - CT, distinta da CPL (fl. 93v e relatório de fls. 204/28-vol.1). Verifico que nos depoimentos feitos no âmbito da sindicância instaurada na [...], o Sr. [...], um dos membros da CPL, declara que a CPL não se deteve neste aspecto [preços] porquanto o mesmo era objeto de análise pela Comissão Técnica - (fl. 256-vol.1). Dessa forma, considerando que não competia aos membros da CPL a análise dos preços, entendo que eles não devam ser responsabilizados pelos danos constatados." (Acórdão 1209/2009, Plenário, Processo 001.323/2006-5, Relator Min. José Jorge).

11. Responsabilidade da comissão de licitação e do pregoeiro

Membros de comissões de licitação e pregoeiros são "*alcançados pela jurisdição do Tribunal de Contas da União, que pode aplicar-lhes penalidades caso seus atos pugnarem desarrazoadamente pelo cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática de ato irregular*".[2]

A responsabilidade desses agentes é subjetiva, ou seja, da conduta extrair-se-ão consequências administrativas em presença dos seguintes elementos: (a) ação ou omissão quando havia o dever de agir; (b) prejuízo ao erário, ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual, mesmo que dela não decorra prejuízo ao erário; (c) nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o resultado verificado; e (d) dolo (deliberada intenção) ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

Comissão de licitação e pregoeiros devem ser diligentes no cumprimento dos encargos que lhes são confiados, observando os princípios e normas de regência para que todas as atividades executadas no procedimento de escolha da melhor proposta para a Administração alcancem resultados positivos.

Para isso, é fundamental que conheçam os princípios e as normas que norteiam a licitação. Não lhes será exigida a visão de um profissional do Direito, mas importa que conheçam o suficiente para lhes proporcionar a correta análise das situações enfrentadas e as escolhas pertinentes.

Tal conhecimento pode ser alcançado por meio da participação em cursos e, também, da dedicação ao estudo do tema e discussões acerca de pontos polêmicos suscitados pela doutrina, o que, sem dúvida, facilitará em muito suas atuações.

Veja-se o que assentou a Corte de Contas federal a respeito:

(a) "... observo que a responsável procura demonstrar que integrou a Comissão Permanente de Licitação, da edilidade, "só para compor o grupo, pois, como confiava que se tratava de uma comissão que iria trabalhar de maneira lícita, e por não ter experiência profissional, assinava os documentos que faziam parte da licitação (...)".

4. Embora sensibilizado com os argumentos apresentados, estes não merecem prosperar. Como bem asseverou a instrução da unidade técnica, que integra o Relatório que precede este Voto, notadamente em seu item 10, a legislação pátria estabelece que não se pode alegar desconhecimento da lei. Implica dizer, a assunção de funções junto à Comissão de Licitação sujeita seus integrantes, necessariamente, às disposições legais que regem o exercício destas atribuições." (Acórdão 860/2007, Plenário, Processo 000.735/2000-4, Relator Min. Valmir Campelo);

(b) "14. Quanto ao mencionado despreparo dos membros da Comissão de Licitação, por desconhecimento da Lei 8.666/1993, ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657/1942). Ademais, a verificação da compatibilidade dos preços ofertados com os praticados no mercado não me parece atividade com elevado grau de complexidade a ponto de justificar sua inobservância, devendo eventuais deficiências dos servidores no desempenho de suas atividades ser supridas mediante capacitação e treinamento desenvolvidos pela administração." (Acórdão 509/2005, Plenário, Processo 775.051/1998-5, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa).

11.1 Membro de comissão de licitação ou pregoeiro não integrante do quadro de pessoal efetivo

Comissão de licitação ou pregoeiro não se exime de responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União sob o argumento de que não integrava o quadro de pessoal do órgão ou entidade pública licitante. A jurisdição da Corte de Contas federal alcança qualquer pessoa física que gerencie recursos públicos, consoante estabelecem os seguintes dispositivos da Lei 8.443/92:

"Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos

das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário

(...)

Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária;

II - aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;".

Averbe-se o precedente:

"8. Ademais, cumpre consignar que a simples alegação de não fazer parte do rol de responsáveis da Organização Militar em tela não exime a responsabilização dos gestores que integraram comissões de licitação, uma vez que está sujeita à fiscalização do TCU qualquer pessoa física que gerencie recursos públicos, seja em sede de TCE ou das próprias contas ordinárias anuais (art. 1º, I, c/c art. 5º, I, da Lei 8.443/1992)." (Acórdão 3062/2010, Plenário, Processo 022.382/2005-0, Relator Min. Valmir Campelo).

Em verdade, a responsabilidade de ocupantes de cargos ou funções sem vínculo permanente com o poder público decorre do dever universal de prestar contas, apanágio do sistema republicano, tal como definido no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, com a redação da Emenda 19/98 - "Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária".

12. Responsabilidades por atos diversos do pregoeiro

12.1Ausência de análise criteriosa dos custos unitários que compõem a planilha de formação de preços, oferecida pelo adjudicatário

Assim se posicionou o Tribunal de Contas da União:

"16. A equipe de auditoria também observou que a segunda planilha continha valores bem diferentes daqueles que constavam da primeira proposta. Fora a diminuição dos valores de encargos sociais, reparando o equívoco mencionado no item 14 acima, diversos outros itens sofreram acréscimos: depreciação, peças, combustível e até o BDI foi aumentado. O item combustível, por exemplo, aumentou em quase três vezes, sem qualquer razão aparente.

17. Os responsáveis alegam que a empresa não estava obrigada a apresentar planilha semelhante à primeira, e que o relevante é o preço global e não os itens considerados individualmente. Há que se convir que a situação observada denota, no mínimo, uma falta de zelo da empresa ao elaborar sua proposta, primeiro pelo erro grosseiro observado na primeira planilha e segundo pela extrema discrepância entre as duas planilhas, no que se refere aos valores de diversos itens. Considerando o espaço de tempo entre as duas propostas, só se justificariam, no máximo, pequenas alterações em

itens como combustíveis, peças, depreciação.

18. Evidenciou-se, também, uma falta de zelo da pregoeira. O erro substancial na primeira planilha, no que se refere ao cálculo dos encargos sociais, não foi objeto de qualquer registro. Além disso, não foi detectado o erro grosseiro no cálculo do BDI. Registrou-se um valor de 31,93%, mas o *quantum* apresentado embutiu um BDI de 46,9%, onerando excessivamente o valor da proposta. Em relação a isso, os responsáveis alegam que não há limite legal para o valor dessa parcela. Não pode a licitante, entretanto, anunciar um percentual a título de BDI e aplicar outro. Além disso, é incoerente que uma segunda proposta, teoricamente mais vantajosa para a administração, imbuta um maior lucro por parte da contratada. Apesar dessa incoerência cristalina, não se questionou o fato, tendo-se contratado a empresa [...] pelo exato preço proposto, com BDI real de 46,9%. Tudo isso, repito, num contexto em que apenas uma empresa participava do certame, onde o cuidado na avaliação dos valores propostos deveria ter sido ainda maior.

19. A pregoeira afirma, em suas razões de justificativa, que "a tentativa deve ser sempre de salvar o certame preservando os interesses da administração" (fl. 212, v.1). Nem sempre salvar o certame implica em proteger os interesses da administração. Certamente, é interesse da administração ter o serviço contratado, mas com a observância da legalidade, impessoalidade, economicidade. Havia muitos elementos indicando que a contratação não deveria ter sido realizada nos moldes em que foi feita: erros grosseiros nas propostas, falta de competitividade e valor apresentado muito acima do que foi orçado.

20. Ficaram configurados prejuízos à [...] em relação ao cálculo de dois itens: BDI e depreciação. Em relação ao BDI, a Unidade Técnica propõe que se determine [...] o ajuste da planilha de fl. 33, lançando o percentual de 31,93% para o BDI, de modo a se obter o correto valor do contrato. No que se refere à depreciação, propõe a Secex/PR que o [...] promova os estudos necessários para identificação do montante residual dos veículos ao final do contrato, de forma que esse valor seja considerado para o cálculo do montante lançado a título de depreciação.

21. Concordo com as propostas sugeridas pela Unidade Técnica, que corrigem as distorções observadas no preço contratado. Entretanto, deve-se levar em consideração que se trata de contrato bilateral e uma modificação dos valores contratuais implica a realização de uma repactuação, com a qual a empresa deverá concordar. Se ela não concordar, deve-se determinar que o [...] anule o procedimento licitatório e o contrato dele decorrente, mantendo-o apenas pelo período necessário à realização de novo certame. E caso os valores pagos a maior não sejam repostos aos cofres da [...], já se deve autorizar a instauração de TCE contra os funcionários que deram causa ao prejuízo, solidariamente com a empresa contratada. [...]

25.Em função da gravidade das irregularidades constatadas, que geraram prejuízo, considero, também, deva ser aplicada multa aos responsáveis por tais irregularidades. No caso, o Superintendente do [...], que homologou o Pregão (fl. 160, v.p), e a Pregoeira, Sra. [...], que conduziu o certame. Apesar de ter sido feita audiência dos membros da equipe de apoio da pregoeira, entendo não ser o caso de apená-los, uma vez que eles não têm funções de natureza decisória." (Acórdão 64/2004, Segunda Câmara, Processo 010.433/2001-5, Relator Min. Ubiratan Aguiar).

12.2 Limitação da oferta de lances

É o que espelha o julgado a seguir sintetizado.

"2. Conforme exposto no Relatório precedente, observou-se que no Pregão nº 96/2001, instaurado pelo [...], destinado à aquisição de medicamentos, houve restrição ao caráter competitivo da licitação e ofensa aos princípios da isonomia entre os licitantes, uma vez que foi definido o quantitativo máximo de dois lances para cada empresa interessada.

3. Afora tal irregularidade, outras ocorrências foram apuradas no decorrer das providências adotadas pela Secex/RJ com vistas ao saneamento deste feito, quais sejam a ausência de recursos suficientes para o pagamento das despesas a serem contratadas e a não apresentação de justificativas para as quantidades licitadas.

4. Por meio do Acórdão 399/2003, este Plenário decidiu, entre outras medidas, pela fixação de prazo ao [...] para que fossem adotadas as medidas tendentes à anulação do mencionado certame e aplicar ao pregoeiro, Sr. [...], a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992.

5. Desta feita, esse responsável recorre da mencionada deliberação, argumentando, em síntese, que havia divergências quanto à interpretação dos dispositivos do Decreto 3.555/2000, que regulamentou o pregão no âmbito da União, pelo fato de não terem sido estabelecido limites na quantidade de lances verbais, apenas a rotatividade entre os licitantes. Tal argumento não merece prosperar, porquanto vai de encontro com os princípios da licitação ora em debate, instituída com o fito de simplificar a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns, proporcionando maior competitividade por meio de propostas de preços escritas e lances verbais.

6. A propósito, a Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade licitatória em foco também para os Estados, Distrito Federal e Municípios, redigida de forma mais detalhada, manteve, na essência, o mesmo teor das disposições antes em vigor, promovendo, por outro lado, alterações na Lei 10.191/2001, consistentes na autorização para a implementação do pregão nas compras de produtos no âmbito do Ministério da Saúde.

7. Conforme se verifica, não há guarida na legislação aplicável à matéria para o procedimento adotado pelo recorrente, qual seja a limitação do número de lances em um pregão, por licitante. Tampouco a doutrina pode socorrer o Sr. [...], pois, até mesmo o autor mencionado nas razões recursais, Benedicto de Tolosa Filho, expõe, com clareza, na obra intitulada "Pregão - uma nova modalidade de licitação", que o pregoeiro selecionará a proposta de menor valor, tomada como parâmetro, e que as ofertas devem se dar, mediante lances verbais, partindo-se do licitante que oferecer o maior preço e sucessivamente, em valores distintos e decrescentes, "até que nenhuma outra oferta seja registrada" (Ed. Forense, pg. 54, 2003).

8. Assim, ante a ausência de argumentos suficientes para alterar o entendimento emanado por este Plenário, por ocasião do Acórdão 399/2003, cabe acolher o parecer exarado pela Serur, no sentido de conhecer do presente Pedido de Reexame para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se, em seus exatos termos, a deliberação recorrida." (Acórdão 57/2004, Plenário, Processo 005.854/2002-4, Relator Min. Marcos Bemquerer Costa).

12.3 Inobservância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e adoção de critérios subjetivos na análise de proposta

"2... os responsáveis pelo [...] incorreram em falhas e irregularidades quando promoveram os Pregões AA-001/2002 e AA-003/2002, cujos objetos eram idênticos: "aquisição de painéis, mobiliário e mesas de reunião". Das irregularidades observadas, três levaram a unidade técnica a propor a

aplicação de multa:

"a) não observância das determinações constantes dos artigos 41 e 44, *caput* e § 1°, da Lei 8.666/93, ao negar provimento ao recurso administrativo de 29/01/2002, impetrado pela empresa [...] contra a sua desclassificação no Pregão AA-001/2002, sob os seguintes argumentos: "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" (vide fls. 3/4, ata de reunião de julgamento dos recursos de 28/01/2002), quando havia no processo exemplares de 6 catálogos da linha de produção da [...], na forma prevista no item 4.6.1.3-f do edital, inclusive, de forma semelhante, aos 40 catálogos apresentados, mais tarde, pela [...] no Pregão AA-003/2002;

b) desconsideração do item I-I-b da proposta da recorrente, que também apresentava as especificações dos tampos das superfícies acopladas e mesas autoportantes, de acordo com as exigências do item 1.1 do Termo de Referência do Pregão AA-001/2002-BNDES, ferindo o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, estabelecido no artigo 41, *caput*, da Lei 8.666/93;

c) aditamento do contrato OCS 127/2002 para dilatar o prazo de recebimento do mobiliário e realização de pagamento antecipado, em desconformidade com o art. 38 do Decreto 93.872/86." [...]

15. Comparando as informações acima, não vislumbramos o descumprimento alegado [...] nos itens 10 e 11 desta instrução, sendo improcedentes, portanto, tais alegativas para efeito de desclassificação da proposta da [...], considerando-se um julgamento com critérios objetivos.

16. Concluímos, assim, que o Banco agiu com subjetividade ao aplicar as regras estabelecidas no item 4-6-1-3-f do edital AA-01/2002 e no item 1.1 do respectivo Termo de Referência, em desrespeito aos artigos 41, 44 e § 1º da Lei 8.666/93. Ao considerar o processo licitatório fracassado, prejudicou a Representante e causou prejuízos ao erário à medida em que fez publicar um novo Pregão (nº AA-03/2002) com objeto similar, que implicou na escolha de outra proposta, cujos preços se mostraram duas vezes maiores do que à da Reclamante, conforme adiante detalhado." [...]

6. Na licitação objeto desta Representação, verifica-se que foi violado o princípio constitucional da legalidade, com flagrante descumprimento da legislação vigente, principalmente no que se refere aos artigos 41 e 44 da Lei 8.666/93, quando o Banco negou provimento ao recurso administrativo impetrado pela empresa [...] contra a sua desclassificação no Pregão AA-001/2002 e na oportunidade em que aditou o contrato 0CS 127/2002, objetivando a dilatação do prazo de recebimento do mobiliário e realização de pagamento antecipado, em desconformidade com o artigo 38 do Decreto 93.872/86. [...]

Acórdão [...]

9.2. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis [...] (Superintendente da Área de Administração do BNDES) e [...](Pregoeiro), no que tange à inobservância dos seguintes dispositivos legais: artigos 41 e 44, *caput* e § 1º, da Lei 8.666/93 e Decreto 93.872/86, e aplicar-lhes, individualmente, a multa prevista no artigo 58, incisos II e III, c/c o art. 43, parágrafo único, da Lei 8.443/92, no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), fixando-lhes o prazo de quinze dias, a contar da notificação, para que comprovem perante o Tribunal, o recolhimento da referida quantia aos cofres do Tesouro Nacional;" Acórdão 993/2004 Segunda Câmara. Processo TC 005.371/2002-8. Relator Min. Lincoln Magalhães da Rocha. [Alterado pelo Acórdão 1918/2005 Segunda Câmara. Processo 005.371/2002-8. Relator Min. Ubiratan Aguiar. Redução do valor da multa aplicada ao (...) Pregoeiro.

De R$ 3.000,00 para R$ 1.500,00].

12.4 Ausência de publicação do aviso de edital após alterações realizadas; estipulação de tempo exíguo para envio da proposta e da documentação exigida no edital e exigência de documentos de habilitação de todos os licitantes classificados; aceitação do envio de proposta e de documentação fora do prazo; aceitação de proposta em desacordo com as exigências do edital; seleção de proposta desvantajosa para a Administração.

Por meio do Acórdão 558/2010, Plenário, o Tribunal de Contas da União impôs multa a pregoeiro pelas condutas acima alinhadas, a saber:

"9.3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos Srs. [...], Pregoeiro responsável pelo Pregão Eletrônico 37/2008 SRP, e [...] ordenador de despesa na época dos fatos;

9.4. aplicar, desde logo, ao então Pregoeiro Oficial da [...] a multa prevista nos arts. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 e 268, inciso II, do RI/TCU, no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que comprove o recolhimento da importância aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente a partir do dia seguinte ao término do prazo fixado, até a data do efetivo pagamento, na forma prevista na legislação em vigor, 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 ...), 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 24.12.08, apesar de intenção de recurso em 23.12.08, 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;" (Processo 008.404/2009-1, Relator Min. Augusto Nardes).

13. Conclusão

Ressalvadas situações peculiares, a serem consideradas segundo as circunstâncias do caso concreto, é razoável estabelecer, à vista da legislação vigente e da experiência dos tribunais de controle externo, em matéria de responsabilidade funcional dos membros das comissões de licitação, dos pregoeiros e de suas equipes de apoio, que:

I - são órgãos e servidores cujas atribuições se concentram na fase externa dos certames (resposta a pedidos de esclarecimentos ou dúvidas acerca do edital, decisões sobre impugnações ao edital, decisões que habilitam ou inabilitam licitantes, classificam ou desclassificam propostas, juízo de aceitabilidade de preços, julgamento de recursos, adjudicação do objeto etc.), impróprio, como regra geral, que desempenhem funções localizadas na fase interna (atos preparatórios da licitação) ou nos processos de contratação direta (sem licitação);

II - os membros das comissões de licitação, os pregoeiros e os integrantes de suas equipes de apoio respondem sempre subjetivamente por irregularidades, vícios ou danos que apresentem relação de causalidade com seus atos, comissivos ou omissivos, o que significa que será sempre indispensável, para configurar-se tal responsabilidade, que se comprove a culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou o dolo (deliberada intenção) do servidor;

III - dada a prevalência desse elemento volitivo (culpa) na determinação da responsabilidade, admite-se que esses servidores sejam chamados a responder também por atos que hajam praticado ou de que tenham participado na fase interna da licitação (pesquisa de preços de mercado, elaboração de projeto básico, elaboração de ato convocatório), a despeito de não serem de sua regular competência;

IV - igualmente suscetível de responder por irregularidades, vícios e danos é todo aquele que, mesmo não sendo ocupante de cargo de provimento efetivo dos quadros administrativos, venha a atuar em comissão de licitação, como pregoeiro ou membro de equipe de apoio, dado que os ocupantes de cargos comissionados ou funções de confiança, mesmo sem vínculo permanente com o serviço público, são definidos como servidores públicos e sujeitos à mesma disciplina destes enquanto desempenharem aqueles cargos ou funções.

---

[1] "Credenciamento do representante legal pode ser exigido em qualquer modalidade licitatória. Considera-se representante legal pessoa credenciada por documento hábil. Entende-se por documento hábil para credenciar o representante: estatuto/contrato social, quando o representante for sócio, proprietário, dirigente ou assemelhado da empresa licitante, no qual estejam expressos poderes para exercer direitos e assumir obrigações em decorrência de tal investidura; procuração ou documento equivalente, ambos outorgados pelo licitante, dando poderes ao representante para se manifestar em nome do concedente, em qualquer momento da licitação. Cada representante legal/credenciado deverá representar apenas um licitante. Objetiva o credenciamento identificar o representante legal para falar em nome da empresa participante durante a reunião de abertura dos envelopes contendo as propostas e a documentação." Licitações &

Contratos. Orientações e Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 4ª ed., p. 326.

[2]
https://contas.tcu.gov.br/pls/apex/f?p=175:11:3984122987664472::NO::P11_NO_SELECIONADO,P11_TELA_ORIGEM,P11_ORIGEM:0_12_518_546_551,LOGICA,0