TRIBUNAL DE CONTAS
fl. ___
MINAS GERAIS

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N. 951929

Embargantes: José Martins de Almeida e Lisley Sena Ferreira, Prefeito e Pregoeira à época
Jurisdicionado: Município de Candeias
Apensado à: Denúncia n. **812403** e ao Recurso Ordinário n. **885959**
Procuradores: Priscila Ramos Netto Viana – OAB/MG 77.149, Adalberto Pereira Júnior – OAB/MG 123.617, Darliany de Assis Silva – OAB/MG 22529-E e Marcela Pinto Ribeiro – OAB/MG 132.900

RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

E M E N T A

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE RECURSAL. MÉRITO. DECISÃO QUE CONSIDEROU EXISTENTE FATO EFETIVAMENTE NÃO OCORRIDO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO. NÃO PUBLICAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMADO NÃO AFRONTA QUALQUER DIREITO OU GARANTIA DOS LICITANTES. PROVIMENTO. DESCONSTITUIÇÃO DA MULTA APLICADA AO PREFEITO E À PREGOEIRA. CANCELAMENTO DAS MULTAS.

1. Em princípio, a interposição de embargos de declaração estaria permitida apenas para os casos de omissão, obscuridade ou contradição no Acórdão, mas a jurisprudência tem considerado que a retratação da decisão é oportunidade que o julgador tem para substituir um entendimento que expressou formalmente por outro ajustado aos exatos fatos do processo. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, a despeito de não contar com a contradição, obscuridade ou omissão no conceito técnico estrito, os embargos de declaração são cabíveis com base em pressuposto de fato equivocadamente considerado pelo julgador.

2. Nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital no Pregão, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório e caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se opção foi a sua fixação.

3. A não publicação do orçamento estimado não afronta qualquer direito ou garantia dos licitantes, porque os custos são calculados pela Administração com base nos preços de mercado, aos quais os participantes do certame possuem amplo acesso.

Tribunal Pleno
25ª Sessão Ordinária – 16/09/2015

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Embargos de Declaração interpostos por José Martins de Almeida, ex-Prefeito do Município de Candeias, e Lisley Sena Ferreira, ex-pregoeira, em face da decisão proferida pelo Tribunal Pleno nos autos do Recurso Ordinário nº 885.959, publicada em 19/05/2015 no Diário Oficial de Contas.

A decisão do Recurso Ordinário "considerou que as razões recursais não elidiram as irregularidades apontadas na Denúncia nº 812.403 e por isso não foi dado provimento ao recurso,

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

mantendo-se incólume a decisão anterior prolatada na sessão da Primeira Câmara deste Tribunal, do dia 24/7/2012.

A referida Denúncia foi julgada parcialmente procedente e imputada multa aos recorrentes, Sr. José Martins de Almeida e Sra. Lisley Sena Ferreira, respectivamente Prefeito e Pregoeira do Município de Candeias à época, no valor total de R$12.500,00, a cada um, em face do descumprimento da determinação deste Tribunal, para que se abstivessem de efetivar a contratação do objeto pretendido, e da ausência de orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários no edital, bem como da inexistência de fixação de preço máximo para a contratação.

Inconformados, os responsáveis interpuseram os embargos de declaração com a alegação de "obscuridade em relação à fundamentação utilizada para aplicação da multa no importe de R$10.500,00 (dez mil e quinhentos reais) a cada um dos responsáveis, considerando que a justificativa para a aplicação da referida penalidade está fundamentada em termos bem diferentes daquilo que foi realmente determinado à Administração Pública".

Argumenta que no Acórdão do Processo de Denúncia nº 812.403 "a determinação do TCE não foi de abster-se de efetuar qualquer ato que resultasse na contratação do objeto licitado. A determinação, *ipsis literis*, foi a seguinte: '... devendo, ainda, se absterem da prática de qualquer ato que objetive dar seguimento ao certame e, por conseguinte, à contratação'".

Sustenta que "se abster de efetuar qualquer ato que resulte na contratação do objeto licitado, é bem diferente de se abster de efetuar qualquer ato que objetive dar seguimento ao certame e, por conseguinte, à contratação".

Alega que "caso a determinação do TCE/MG (às fls. 71) fosse no sentido de se abster de efetuar qualquer ato que resultasse na contratação do objeto licitado, não haveria que se alegar obscuridade no r. acórdão recorrido, uma vez que a proibição seria geral para o objeto licitado, ou seja, o objeto licitado seria o cerne da questão. Entretanto, a determinação ocorreu no sentido de não dar seguimento ao certame "irregular" e, consequentemente, à sua contratação".

Assevera, então, que "não há que se falar em descumprimento de determinação do TCE, pois a Administração agiu nos estritos termos conforme determinado; anulou o certame (Pregão nº 13/2010, no qual foi encontrada irregularidade) reabrindo um novo (Pregão nº 18 /2010), sem a clausula que ensejou a suspensão do certame anulado, vez que da determinação cautelar do TCE não constava a proibição de deflagrar novo certame com objeto semelhante ao do certame suspenso, ou proibição no sentido de anular o certame objeto da denúncia. Não há outra interpretação a ser atribuída à determinação descrita às fls.71".

Alega que "não foi dado prosseguimento ao certame", que, por isso, "não acarretou nenhuma contratação" e que "a motivação que ensejou a anulação do certame guarda completa conformidade com o interesse público a ser protegido".

Sustenta que este Tribunal, em várias decisões de exames de editais de licitação, tem considerado que quando a Administração anula o certame por ilegalidades anotadas pelo Tribunal, configura-se perda de objeto, determinando-se o arquivamento do processo e advertindo-se o responsável de que, se deflagrar novo procedimento, deverá encaminhar a documentação ao Tribunal para análise.

O embargante anexou memorial que foi encaminhado aos Conselheiros na ocasião do julgamento do recurso ordinário.

Com tais argumentos, requer o conhecimento dos embargos de declaração, a concessão do efeito suspensivo, de modo que ocorra a interrupção da contagem do prazo para cumprimento

da decisão embargada e para a interposição de outros recursos, bem como o provimento, com o devido esclarecimento do ponto obscuro, o que resultaria na reforma do acórdão de forma a afastar a aplicação de multa, uma vez que não houve descumprimento da decisão.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar de Admissibilidade

Na análise dos requisitos de admissibilidade, verifica-se que o embargante possui interesse e legitimidade recursal e que o recurso é próprio e tempestivo. Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade inerentes à espécie, conheço dos Embargos Declaratórios.

Mérito

Examinando os autos, verifiquei que a Denúncia deu entrada neste Tribunal em **1º de fevereiro de 2010**. Em **03 de fevereiro de 2010,** o Relator suspendeu o certame, fixando o prazo de 05 dias para que os gestores responsáveis comprovassem o cumprimento da determinação mediante publicação no Diário Oficial do Estado, sob pena de multa diária de R$2.000,00 (dois mil reais) e, ainda, para que **se abstivessem de dar seguimento ao certame, e por conseguinte, à contratação**.

Os responsáveis foram intimados da decisão monocrática, via fax símile, em **04/02/2010**, fl. 87, e apresentou os documentos solicitados, ou seja, o termo de suspensão da licitação, ocorrida **em 04/02/2010**, e cópia integral da documentação do procedimento, fases interna e externa, que foi encaminhada à Unidade Técnica e ao Ministério Público junto ao Tribunal em **22/02/2010.**

Em **1º de março de 2010**, a Unidade Técnica apresentou seu relatório e, em **16 de março de 2010, o Ministério Público junto ao Tribunal emitiu seu parecer preliminar às fls. 159 a 172;**

O relator determinou a citação dos responsáveis para que apresentassem defesa e justificassem as irregularidades apontadas no Edital nº 13/2010, fl. 173.

Em **10 de maio de 2010**, foi juntado aos autos o Aviso de Recebimento dos Correios relativo ao ofício de citação, fls. 176/177, e em **25 de maio de 2010** os responsáveis apresentaram defesa e o despacho **de anulação do Edital nº 13/2010**, devidamente motivado, e, ainda, **novo Edital, de nº 18/2010**, publicado **em 27/02/2010,** com o mesmo objeto, mas com exclusão da cláusula que foi apontada como ilegal na Denúncia, fls. 184/425.

Dessa breve análise cronológica dos fatos, há de se ponderar que os Srs. José Martins de Almeida e Lisley Sena Ferreira não foram informados de outras irregularidades anotadas pela Unidade Técnica ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal quando, usando do poder discricionário, anularam, **em 24/02/2010,** o Edital suspenso pelo Tribunal por ilegalidade apontada na Denúncia e, de imediato, editaram outro instrumento editalício, que recebeu o nº18/2010, sem o vício apontado, publicado **em 27/02/2010**, em razão da urgência da aquisição do objeto a ser licitado, ou seja, de pneus que atenderiam ambulâncias e ônibus escolares.

Constata-se, ainda, que os responsáveis apresentaram ao Tribunal, para análise, o novo Edital, de nº 18/2010, e os respectivos contratos assinados, o que demonstra que não pretendiam fugir ao controle externo deste Tribunal.

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Alega o embargante que a decisão da denúncia, assim como a decisão do recurso ordinário, que, respectivamente, aplicou a multa e a manteve, foram prolatadas em fato essencialmente equivocado, ou seja, no descumprimento de determinação do Tribunal, e, nesse sentido, entendo que assiste razão ao embargante, uma vez que, de fato, não foi dado prosseguimento ao certame suspenso por ilegalidade anotada na Denúncia. O que ocorreu foi a anulação do certame em razão da ilegalidade apontada por este Tribunal e a elaboração de outro edital, com exclusão da cláusula considerada ilegal, o qual foi apresentado a esta Corte para análise.

Cumpre ressaltar que a declaração de invalidade ou a nulidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal é uma possibilidade da própria Administração, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme as Súmulas que transcrevo abaixo:

> Súmula 346: A Administração Pública pode anular seus próprios atos.
>
> Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Em princípio, a interposição de embargos de declaração estaria permitida apenas para os casos de omissão, obscuridade ou contradição no Acórdão, mas a jurisprudência tem considerado que a retratação da decisão é oportunidade que o julgador tem para substituir um entendimento que expressou formalmente por outro ajustado aos exatos fatos do processo.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que, a despeito de não contar com a contradição, obscuridade ou omissão no conceito técnico estrito, os embargos de declaração são cabíveis com base em pressuposto de fato equivocadamente considerado pelo julgador.

Para melhor ilustrar as afirmações acima expendidas, basta dizer que o STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 59.040 assim se manifestou:

> [...] embora os embargos declaratórios não se destinem normalmente a modificar o julgado, constituem um recurso que visa a corrigir obscuridade, omissão ou contradição anterior. A correção há de ser feita para tornar claro o que estava obscuro, para preencher uma lacuna do julgado, ou para tornar coerente o que ficou contraditório. No caso, a decisão só ficará coerente se houver alteração do dispositivo, a fim de que este se conforme com a fundamentação. **Temos admitido que os embargos declaratórios, embora, em princípio, não tenham efeito modificativo podem, contudo, em caso de erro material ou em circunstâncias excepcionais, ser acolhidos para alterar o resultado anteriormente declarado**. (Grifei.)

Nesse sentido, verifico, aqui, caso de aferição de erro sobre fato essencial, uma vez que, na verdade, os responsáveis não descumpriram determinação do Tribunal, pois não deram seguimento ao certame suspenso. O que ocorreu foi a anulação do Pregão nº 13/2010 pela Administração, com fundamento na ilegalidade apontada pelo Tribunal, e a superveniência de outro edital, que recebeu o nº 18/2010, do qual foi excluída a cláusula que suscitou a suspensão do certame, para, assim, efetivar-se a contratação pretendida.

Cumpre ressaltar que esta Corte, em situações semelhantes, tem considerado a perda do objeto da denúncia, com determinação de arquivamento dos autos, e, caso deflagrado novo certame, apresentação da documentação do procedimento ao Tribunal para análise.

Assim sendo, a alegação do embargante viabiliza o uso de embargos declaratórios, uma vez que se baseia em ocorrência de erro de fato, como tal entendido o resultante de decisão

que considerou existente fato efetivamente não ocorrido, configurando-se contradição com a verdade formal do processo.

No que diz respeito a irregularidade a ausência de pesquisa de preços e do orçamento estimado de preços unitários anexo ao edital, constante do Edital n. 18/2010, saliento que nesta Corte o assunto não é pacífico, existindo posicionamentos divergentes.

Alguns consideram que a divulgação do preço de referência e da pesquisa de preços no edital de pregão é facultativa, devendo apenas o valor orçado encontrar-se inserido nos autos do respectivo processo licitatório. Outros entendem, o contrário, fundamentando-se na consideração de que o disposto no art. 9ª da Lei 10.520/2002, que determina que se aplicam subsidiariamente ao pregão, as disposições da Lei 8.666/93, que dispõe em seu art. 40, X, a necessidade de constar no edital o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitindo a fixação dos preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência.

Perfilho o entendimento de que nas licitações na **modalidade de pregão,** os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital no Pregão, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório e caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se opção foi a sua fixação.

Ressalto que no caso das licitações processadas pela modalidade pregão, a disposição da **Lei nº 10.520/02**, especificamente, no que diz a esse respeito, o orçamento estimado de preços unitários ficou restrito aos autos do processo administrativo, não havendo na referida Lei disposições que a considere, pelo menos de forma obrigatória, documento anexo do edital.

A Lei do Pregão não trata, especificamente, da necessidade ou não de divulgar o orçamento estimado. O inciso III do artigo 3º da Lei nº 10.520/02 prescreve que nos autos do procedimento do pregão deve constar orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação e o inciso II do artigo 8º do Decreto Federal nº 3.555/00 prescreve que o **orçamento deve ser juntado ao termo de referência,** bem como **a alínea "a" do inciso III do mesmo artigo, que prescreve que cabe à autoridade competente definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas**.

Merece destacar que o TCU possui jurisprudência reiterada no sentido de que a divulgação do preço de referência e da pesquisa de preços no edital de pregão é facultativa, devendo apenas o valor orçado encontrar-se inserido nos autos do respectivo processo licitatório, como nesse trecho do Acórdão nº 114/2007 com o seguinte posicionamento sobre a matéria:

> "REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE LICITAÇÕES. POSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS COM ALIENAÇÃO. INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS DO EDITAL. CONTRATO. EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. 1. Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo." (Acórdão nº 114/2007, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Ademais, a não publicação do orçamento estimado não afronta qualquer direito ou garantia dos licitantes, porque os custos são calculados pela Administração com base nos preços de

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

mercado, aos quais os participantes do certame possuem amplo acesso. Desta forma desconsidero a irregularidade anotada.

III - VOTO

Assim, pelo exposto, dou provimento aos Embargos de Declaração para desconstituir a multa aplicada ao ex-Prefeito José Martins de Almeida e à pregoeira Lisley Sena Ferreira, no valor de R$10.500,00, haja vista que não houve descumprimento da determinação do Tribunal nem evasão ao controle externo. Cancelo, também a multa pelas irregularidades apontadas no Pregão nº 18/2010, relativas à ausência de orçamento estimado e inexistência de fixação de preço máximo para a contratação, no valor de R$2.000,00 (dois mil reais).

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto da Relatora, preliminarmente, em conhecer dos Embargos de Declaração e, no mérito, em dar-lhes provimento para desconstituir a multa aplicada ao ex-Prefeito José Martins de Almeida e à pregoeira Lisley Sena Ferreira, no valor de R$10.500,00, haja vista que não houve descumprimento da determinação do Tribunal nem evasão ao controle externo. Cancelam, também, a multa pelas irregularidades apontadas no Pregão n. 18/2010, relativas à ausência de orçamento estimado e inexistência de fixação de preço máximo para a contratação, no valor de R$2.000,00 (dois mil reais).

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em Substituição Licurgo Mourão, o Conselheiro Mauri torres, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Wanderley Ávila.

Presente à Sessão o Procurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 16 de setembro de 2015.

SEBASTIÃO HELVECIO
Presidente

ADRIENE ANDRADE
Relatora

(*assinado eletronicamente*)

ahw/rrma/ms

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

_____
Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdão

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n.1154248