

DENÚNCIA N. 887973

Jurisdicionado: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais - IOMG
Denunciante: Family Restaurant's Ltda.
Exercício: 2013
Parte(s): Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva, Ana Costa Rego, Cláudia Monteiro Bizarria
Procurador(es): Alexandra Ferreira de Oliveira - OAB/MG 127969, André Marinho Teodoro - OAB/MG 0068765, Carlos Javet Braga Bitencourt - OAB/MG 107192, Eduardo Augusto Monteiro Silveira - OAB/MG 0097334, Larissa Trindade Mendes Amaral - OAB/MG 0108662, Mark David Martin - OAB/MG 130147, Simone Pereira Figueiredo - OAB/MG 0079750
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. AUTARQUIA ESTADUAL. FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES E LANCHES. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AFASTADAS. PROCEDENCIA PARCIAL DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. Acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada, uma vez que o parecer jurídico emitido por assessor ou parecerista tem natureza meramente opinativa e não vincula, por conseguinte, a decisão a ser tomada pelo agente competente. Somente é possível a responsabilização solidária do assessor jurídico quando for o caso de erro grosseiro ou omissão praticada com culpa.
2. Afasta-se, também, a preliminar de litigância de má-fé intentada, uma vez que esta não se presume, deve estar devidamente atestada nos autos.
3. A Administração ao limitar os meios de impugnação ao edital, excluindo a possibilidade do envio das impugnações por fax, e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.
4. Declara-se a extinção do processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidades constantes da fundamentação.

Primeira Câmara

30ª Sessão Ordinária – 10/10/2017

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia (fl. 1/9) formulada pela empresa Family Restaurant's Ltda – ME contra o Pregão Eletrônico n. 38/2013, realizado pela Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, tendo como objeto a prestação de serviços de fornecimento de refeições e lanches por um período de 12 meses, aos funcionários da IOMG.

A inicial foi instruída com os documentos de fls. 10/696, entre os quais se encontra cópia do edital ora questionado (fl. 85/164 do volume 1).

Recebida a denúncia (fl. 697), o Conselheiro Relator indeferiu o pedido liminar de suspensão do certame ao verificar, no site da IOMG, que o Contrato n. 460/2013 decorrente do pregão denunciado já tinha sido publicado no Diário Oficial em 29/05/2013, e a presente denúncia protocolada no dia 05/06/2013 (fl. 700).

Inconformado com a negativa da liminar, a denunciante interpôs Agravo n. 888121, que a ele foi negado provimento (fl. 704/707).

Instada a se manifestar, a Unidade Técnica elaborou o relatório de fl. 709/725, que concluiu pela existência das seguintes irregularidades no certame:

- a) Previsão de penalidade excessiva, em virtude do valor da multa prevista na cláusula décima, inciso II, “c”, do contrato recair sobre o seu valor total e não sobre o valor do fornecimento não realizado;
- b) Inabilitação indevida em razão do texto contraditório do edital sobre quantitativos do objeto;
- c) Excesso na exigência de atestados (item do edital);
- d) Não aceitação do menor preço (ausência de demonstração e comprovação das razões);
- e) Ausência de orçamento detalhado em planilhas de quantitativos e custos unitários;
- f) Ausência de pesquisa de preços.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, manifestou-se preliminarmente a fl. 728/730, aditando à denúncia as seguintes irregularidades: impugnação ao edital e interposição de recursos apenas por meio presencial e ausência de fixação do preço máximo por cada item licitado.

A fl. 731, o Conselheiro Relator determinou a citação das responsáveis, que, em cumprimento, juntaram as defesas: Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva (fl. 742/877); Ana Costa Rego (fl. 878/990); e Cláudia Monteiro Bizarria (fl. 991/1.478).

A Unidade Técnica, em seu reexame de fl. 1.490/1.509, concluiu, em preliminar, pelo acolhimento da ilegitimidade passiva suscitada pelas procuradoras jurídicas da IOMG, à época, Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Ignácio da Silva. Quanto à litigância de má-fé suscitada pela ex-pregoeira, Cláudia Monteiro Bizarria, a Unidade Técnica opinou pelo seu não acolhimento.

No mérito, a Unidade Técnica manifestou-se pela não aplicação de multa, apenas de recomendações às responsáveis, pela procedência das seguintes irregularidades: inabilitação indevida, em razão de texto contraditório do edital sobre quantitativos do objeto; excesso na exigência de atestados técnicos correspondentes a no mínimo 100% do objeto; não aceitação

do menor preço (ausência de comprovação dos motivos da não aceitação); ausência de orçamento e pesquisa de preço.

Quanto aos aditamentos do MPTC, a Unidade Técnica, entendeu pela recomendação e manifestou-se pela improcedência das irregularidades: penalização excessiva; não aceitação do responsável técnico da recorrente; e ausência de tratamento isonômico.

Por fim, reiterou a necessidade de intimação da atual Diretora de Planejamento e Gestão da IOMG, já que não foram anexados o contrato e os termos aditivos, bem como a demonstração de que as renovações proporcionaram ou não a obtenção dos melhores preços e condições para a Administração (fl. 731).

O MPTC, em seu parecer conclusivo de fl. 1.511/1.516-v, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelas procuradoras jurídicas da IOMG, Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva, bem como rejeitou a preliminar de litigância de má-fé arguida por Cláudia Monteiro Bizarria.

No Mérito, entendeu que dever ser acolhida a defesa apresentada pelas Sras. Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva, para que seja afastada sua responsabilidade pelas irregularidades verificadas no processo licitatório, pois, na mesma linha defendida pela Unidade Técnica (fl. 1.508-v), entende o MPTC que não se demonstrou a existência de erro grave, ato ou omissão culposos nos pareceres exarados pelas referidas procuradoras jurídicas da IOMG à época dos fatos.

Ao final, o MPTC adotou a fundamentação exposta pela Unidade Técnica no reexame de fl. 1.490/1.509 e opinou pela procedência parcial da denúncia, pela expedição de recomendação à IOMG para que não reincida nas irregularidades relativas à ausência de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários e quanto à ausência de fixação de preço máximo.

Opinou, também, pela aplicação de multa às responsáveis pelas seguintes irregularidades: inabilitação indevida em razão do texto contraditório do edital sobre quantitativos do objeto; excesso na exigência de atestados (item do edital); não aceitação do menor preço (ausência de demonstração e comprovação das razões) e, por fim, pela exigência de protocolo presencial de impugnação ao edital e razões de recurso.

É o relatório, em síntese.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar

Preliminar de ilegitimidade passiva – arguida pelas procuradoras jurídicas da IOMG, à época, Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva

A ilegitimidade passiva ora arguida é se as procuradoras jurídicas da IOMG, Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva, fazem parte ou não do polo passivo desta denúncia.

As procuradoras jurídicas da IOMG Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva, afirmaram na defesa conjunta por elas apresentada a fl. 742/762, que exerciam as suas funções, à época do procedimento licitatório sob análise, no âmbito da Procuradoria Jurídica da IOMG, esclarecendo que, segundo o art. 11 do Decreto

n. 45.736/2011, que dispõe sobre as atribuições da Procuradoria Jurídica, se sujeita à orientação jurídica e supervisão técnica da Advocacia Geral do Estado.

Afirmaram que a responsabilização não pode ser objetiva e que estão ausentes a culpa e o dolo. Citaram o Processo Administrativo n. 685019, do ano de 2007 deste TCEMG, que entendeu pela não responsabilização dos pareceristas quando as suas manifestações jurídicas obedecerem a uma razoável coerência técnica ou doutrinária. Afirmam que em momento algum se poderá dizer que a responsabilização é objetiva. Por fim, alegaram que a punição ocorrerá quando decorrente de erro grave, inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido amplo.

A Unidade Técnica manifestou-se, no caso sob análise, pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade suscitada, ao que opinou pela exclusão destas do polo passivo, uma vez que as falhas identificadas foram formais e saneáveis, não acarretando dano ao erário ou prejuízo a terceiros.

O MPTC, manifestou-se pela não acolhimento da preliminar de ilegitimidade das procuradoras jurídicas, mas afastou a responsabilidades dessas, uma vez que não ficou demonstrado nos autos, a existência de erro grave, ato ou omissão culposos nos pareceres exarados pelas referidas procuradoras, à época dos fatos.

Sobre a responsabilidade das pareceristas jurídicas da IOMG, à época, que emitiram o parecer jurídico de fl. 167/172, no Pregão Eletrônico n. 38/2013 aqui analisado, peço vênia para discordar do posicionamento do MPTC, tendo em vista os precedentes desta Corte de Contas, exarados na Representação n. 911593, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, apreciada na Sessão da Segunda Câmara do dia 10/03/2016, e no Edital de Licitação n. 887859, do Conselheiro Relator Cláudio Couto Terrão, julgado na Sessão Primeira Câmara, do dia 06/12/2016, dispuseram que:

“O parecer jurídico emitido por assessor ou parecerista tem natureza meramente opinativa e não vincula, por conseguinte, a decisão a ser tomada pelo agente competente. Somente é possível a responsabilização solidária do assessor jurídico quando for o caso de erro grosseiro ou omissão praticada com culpa”. (Representação n. 911593)

Considerando que as minutas dos instrumentos convocatórios em análise foram aprovadas pelo referido consultor jurídico, que se pronunciou pelo prosseguimento do feito e pelas contratações correspondentes, nos moldes apresentados, é necessário o exame acerca da responsabilização do parecerista, em função consultiva, nos processos administrativos.

Cumprе destacar, inicialmente, o conceito de parecer. Parecer é ato administrativo enunciativo de opinião, por meio do qual os órgãos consultivos ou técnicos emitem opinião acerca de matérias relevantes, antes da tomada de decisões administrativas. O Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU conceitua o parecer como sendo a peça jurídica que deve ser – elaborada como resultados de estudos e análises jurídicas de natureza complexa, que exijam aprofundamento, como também para responder consultas que exijam a demonstração do raciocínio jurídico e o seu desenvolvimento.

[...]

O parecer jurídico é peça exigível e necessária no processo administrativo, conforme explícito em inúmeros diplomas legais. A título exemplificativo, cito a Lei nº 8.666, de

1993, que, no seu artigo 38, exige que a assessoria jurídica da Administração dê seu parecer nos processos de licitação, de dispensa ou de inexigibilidade, [...]

A atividade laborativa do advogado nos processos administrativos se delimita na emissão de pareceres acerca de matéria jurídica, em caráter técnico-consultivo quando solicitado pela Administração ou em face de obrigação legal. [...]

Pela documentação que instruiu este processo verifiquei que o parecer jurídico realizado para a prestação de serviços de fornecimento de refeições e lanches por um período de 12 meses, aos funcionários da IOMG, teve função consultiva e foi aprovado pela Diretora de Planejamento, Gestão e Finanças, Ana Costa Rego, à época (fl. 173/175), ao que não vislumbrei erro grave ou inescusável que justificasse a inclusão das pareceristas Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva dentre os responsáveis pelos atos questionados neste processo.

Por esse motivo, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva por elas arguida, afastando-as, por conseguinte, do polo passivo desta denúncia.

Preliminar de litigância de má-fé arguida pela Sra. Cláudia Monteiro Bizarria, pregoeira da Imprensa Oficial à época

Na defesa apresentada a fl. 991/1002, a Sra. Cláudia Monteiro Bizarria afirma, em síntese, que:

A denúncia carece de algumas informações, às quais o denunciante teve acesso, quando pediu vistas do processo, tais como, ampla pesquisa de preços no mercado, a estimativa de custos e o valor estimado da contratação, orientando o Pregoeiro e sua equipe à tomada das decisões. Tais informes não foram inseridos pela denunciante, nos levando a crer que tratou-se nitidamente de “litigância de má-fé”, que ocorre quando uma das partes de um processo litiga intencionalmente com deslealdade e /ou corrupção.

A Unidade Técnica, em seu relatório de fl. 1.490/1.509, concluiu que “a má-fé na litigância exige que o julgador tenha em mãos a comprovação indiscutível e devidamente demonstrada do dolo do denunciante, o que não consta nestes autos”, razão pela qual rejeitou essa preliminar de ilegitimidade.

O MPTC, em seu parecer conclusivo de fl. 1.511/1.516-v, adotou a fundamentação exposta pela Unidade Técnica, e concluiu, igualmente, pela rejeição da preliminar de litigância de má-fé arguida pela Sra. Cláudia Monteiro Bizarria.

Como bem salientado pela Unidade Técnica, a litigância de má-fé não se presume deve estar devidamente atestada nos autos. O simples fato de pleitear junto ao Tribunal de Contas e perante à administração municipal, bem como o fato de não apresentar as informações recebidas não caracterizam por si só litigância de má-fé.

Assim, diante da falta de demonstração, pela ex-Pregoeira, da existência de dolo efetivo da denunciante com a formulação desta denúncia, bem como da incidência de má-fé por parte desta, rejeito esta preliminar arguida Sra. Cláudia Monteiro Bizarria, eis que não restou comprovada a ocorrência de nenhuma das hipóteses de litigância de má-fé, prevista no art. 80 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015.

Mérito

1. Indevida inabilitação da empresa denunciante em razão do texto contraditório do edital sobre os quantitativos do objeto

Observa-se, primeiramente, que os principais itens do edital que se referem aos critérios de qualificação técnica, para fins de habilitação, são:

- Item 7.4.1.4 (fl. 96): informa sobre a necessidade de comprovação de capacidade de fornecimento de, no mínimo, 100% da quantidade apresentada no Anexo I do edital;
- Anexo I (termo de referência, fl. 111/112): especifica o fornecimento de “quantidade aproximada de 320 refeições/dia” [e de 1050 lanches];
- Item 7.4.2: para atendimento do quantitativo do item 7.4.1.4 é admitido o somatório de atestados, desde que compatíveis com as características do objeto licitado;
- Item 7.4.3, define desempenho técnico a apresentação de atestado [ou atestados] que comprove(m) o fornecimento de um número diário de refeições e lanches compatível com o objeto licitado.

A empresa denunciante, Family Restaurant's Ltda. irressignada com a sua inabilitação, interpôs recurso administrativo, nos termos da peça de fl. 380/388, alegando, em síntese, que:

[...] havia encaminhado dois atestados que, somados, comprovavam quantidade bem superior à que está sendo licitada. Todavia, a ausência de confirmação de recebimento de todos os documentos pelo pregoeiro no momento do envio, impossibilitou a esta empresa enviá-los tempestivamente.

Que tão logo foi anunciada a inabilitação desta empresa, foi novamente encaminhado o 2º atestado de capacidade técnica.

Que os dois atestados encaminhados pela signatária, somados demonstravam o fornecimento de, aproximadamente, 500 refeições/dia e 1200 lanches/dia, enquanto o quantitativo previsto no Edital é de, aproximadamente, 320 refeições/ dia e 900 lanches.

Que, ainda que fosse considerado apenas o primeiro atestado de capacidade técnica enviado, comprovando o fornecimento de aproximadamente 300 refeições/dia e 1000 lanches/dia, não haveria motivo para alegação de que esta empresa não havia comprovado a capacidade técnica exigida no Edital, pois a referida quantidade é absolutamente compatível com a ora licitada (320 refeições e 800 lanches) e, portanto, hábil a demonstrar a capacidade técnica desta empresa.

A denunciante menciona o Ato Normativo CFN 3/18/2008 que prevê a equivalência entre lanches e refeições, para efeito de comprovar uma quantidade maior de refeições na proporção de 10 lanches para 1 refeição (no caso, os 200 lanches a mais equivaleriam a 20 refeições).

Afirma, ainda, a denunciante, que os itens do edital, 7.4.2 e 7.4.3, estão em contradição com o conteúdo deste item 7.4.1.4, (fl. 2).

A Unidade Técnica verificou que, de fato, houve contradição entre os itens editalícios, eis que a ambiguidade reside no fato de que o item 7.4.1.4 refere-se a valores absolutos, no caso, a no mínimo, 100% da quantidade mencionada no objeto, que é de 320 refeições, enquanto que os demais itens mencionam que a realização do quantitativo a ser comprovado é aproximada ou compatível com 320 refeições.

Dessa forma, a Unidade Técnica concluiu que “cabe razão ao denunciante, que apresentou um atestado da Prefeitura (fl. 433), comprovando o fornecimento de 300 refeições/dia e lanches, que é uma quantidade aproximada ou compatível com 320 refeições (conforme o objeto) e foi inabilitada” (fl. 374 e fl. 539/540).

Ressalte-se que a denunciante apresentou outro atestado, mas de forma extemporânea.

A Unidade Técnica destacou, ainda, que no atestado de fl. 433, fornecido pela Prefeitura, constavam 900 lanches o que equivalente a $900 \div 10 = 90$ refeições a serem acrescidas às 300 do mesmo atestado, ultrapassando, assim, o quantitativo do item 7.4.1.4. (320 para 390 refeições/dia). Ou seja, destacou que a denunciante comprovou quantitativo de refeições maior do que o previsto no edital.

Por fim, concluiu a Unidade Técnica que na inabilitação da denunciante ocorreu divergência entre os itens do edital, no que concerne à comprovação dos quantitativos através de atestados, prejudicando flagrantemente a denunciante, assim como, outras possíveis proponentes que, porventura, não pudessem comprovar a execução anterior de 100% do objeto. Evidenciou que “O usual seria a IOMG reconhecer a irregularidade e dar razão à recorrente”, eis que “nesta hipótese, a IOMG não observou o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93 (restrição ao caráter competitivo)”.

Na defesa apresentada, as Procuradoras Jurídicas da IOMG, Sras. Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva (fl. 750/755); a Diretora de Planejamento da IOMG, Sra. Ana Costa Rego (fl. 883/888) e a ex-Pregoeira Oficial da IOMG, Sra. Cláudia Monteiro Bizarria (fl. 991/1002), declararam que em leitura sistêmica do edital e seus anexos, bem como dos documentos constantes no procedimento licitatório, é evidente que não houve nenhuma contradição no edital.

Destacaram que a exigência quanto à capacidade da prestação do serviço de, pelo menos, 100% do objeto se ateu à quantidade numérica de 320 (trezentos e vinte) refeições, o que não é obstaculizado pela Lei 8.666/1993, que ao contrário, obriga a definição de quantitativos mínimos a serem comprovados pelo atestado técnico, quando se refere ao objeto de grande relevância técnica e valor (art. 30, §2º).

Aduziram que a apresentação de um atestado com quantitativo abaixo do que foi estimado (300, ao invés de 320 refeições), assumiria uma posição de insegurança, sob argumento que a empresa poderia fornecer abaixo de 300 (trezentos) refeições e a Administração Pública, ao habilitá-la, concordaria com tal situação, indo contra o objetivo de sua licitação, qual seja, fornecer a quantidade de 320 refeições diárias.

Relativamente ao citado Ato Normativo 3/18/2008 do Conselho Federal de Nutrição, constante à fl. 03 e fl. 712/713 dos autos, esclareceram as defendentes (fl. 885) que tal norma não se aplica ao Estado de Minas Gerais, uma vez que se refere a valor nutricional dos alimentos a serem fornecidos e não a quantitativos.

Afirmaram que a empresa Family apresentou mais um atestado, que somado ao outro (de 300 refeições) atenderia ao edital, mas, no entanto, tal atestado foi apresentado extemporaneamente, não podendo ser assim, aceito.

Em sua manifestação conclusiva de fl. 1.490/1.509, a Unidade Técnica aceitou os argumentos da defesa referentes à legislação que aparentemente tornaria equivalente várias refeições a

uma determinada quantidade de lanches, mas opinou pela procedência da denúncia, por entender que seria mais adequado a IOMG utilizar termo usual para se referir a quantitativos, por sofrerem variação no decorrer da execução do contrato. Ou seja, recomendou que “a quantidade ou o valor estimado fosse de “x” (certo e determinado), evitando assim, mal-entendidos nas futuras licitações.

O MPTC ratificou os fundamentos técnicos de fl. 1.490/1.509.

Após a leitura da ata do pregão juntada a fl. 356/375, verifico que assiste razão à IOMG pela inabilitação da empresa denunciante, Family Restaurant's Ltda., que não comprovou a sua capacitação técnica para o fornecimento do quantitativo mínimo de refeições/dia, com o atestado emitido pela Câmara Municipal de BH (fl. 314 e 372). Explico.

Referido atestado, fez referência ao fornecimento de 300 refeições/dia, sendo que o mínimo exigido no item 7.4.1.4 do edital (fl. 96), era de 320 refeições/dia.

Neste ponto, discordo dos argumentos da denunciante e da Unidade Técnica de que o edital deveria ter previsto “uma quantidade aproximada ou compatível com o mínimo de refeições/dia exigidas, eis que o item 7.4.1.4 do edital foi claro ao exigir dos licitantes a comprovação da capacidade técnica mínima de fornecimento de 100% das 320 (trezentos e vinte) refeições/dia previstas, que poderia ser comprovada somando-se mais de um atestado compatível com as características do objeto licitado (itens 7.4.2 e 7.4.3 do edital).

Ademais, destaco que a inabilitação da empresa denunciante se deu pela invalidez do atestado de capacidade técnica apresentado, somado ao fato de que o outro foi extemporaneamente apresentado.

Vide que a Comissão de Licitação da IOMG verificou que no atestado apresentado à fl. 134 (que já seria insuficiente para comprovação da capacidade técnica) constou o endereço da filial 1 da empresa Family Restaurant's Ltda. – localizada no endereço da Câmara Municipal de BH – que foi extinto, e que a Certidão de Registro e Quitação do Conselho Regional de Nutricionistas apresentada a fl. 325, não contemplava as alterações procedidas na 9ª Alteração Contratual realizada pela empresa denunciante, a fl. 319/324.

Por esse motivo, inabilitou a denunciante de participação no certame. E mais, confirmou que o outro atestado por ela apresentado – que valeria como comprovação do alcance do quantitativo mínimo exigido no edital – foi exibido fora do prazo, o qual foi igualmente concedido aos demais licitantes.

Por essa razão, peço vênias para discordar do entendimento da Unidade Técnica quanto à procedência desta irregularidade denunciada, para julgá-la improcedente.

2. Excesso na exigência de atestados técnicos correspondentes a no mínimo 100% do objeto

A denunciante afirma, a fl. 7, que é ilegal a exigência de atestados de 100% da quantidade licitada e restritiva ao caráter competitivo do certame, bem como contrário à jurisprudência do TCU.

A Unidade Técnica concluiu pela procedência desta irregularidade, tendo em vista que o excesso de quantitativos nos atestados comprobatórios da capacitação operacional das

licitantes, ofenderam os artigos 3º, § 1º, inciso I e art. 30, II da Lei 8.666/93 e art. 37 XXI da CR/88.

O MPTC ratificou o entendimento a Unidade Técnica.

Observa-se que a comprovação dos quantitativos, para avaliação da capacitação técnico-operacional da empresa licitante, está fundamentada no inciso II do art. 30 da lei n. 8.666/93, que ordena:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á à:

I – (...)

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação;

(...)

Vide que a norma não determina percentual ou quantidades.

Considerando a justificativa apresentada pela IOMG, de que o edital denunciado está de acordo com as regras gerais e modelo padrão de minutas de edital elaboradas pela SEPLAG e aprovadas pela AGE, por meio da Nota Jurídica AGE n. 3.355 de 05 de outubro de 2012, bem como tentou, ao elaborar o Termo de Referência, assegurar que as empresas licitantes apresentassem, como qualificação técnica, atestado de comprovação mínima do fornecimento de 100% da totalidade de pratos prontos e lanches previstos, de consumo diário, a serem elaborados no restaurante da própria Imprensa Oficial, e que tal previsão objetivou a participação de empresas que fossem idôneas no mercado de alimentação industrial em grande escala, a fim de evitar problemas futuros como os que já vinham ocorrendo com IOMG no fornecimento de alimentação transportada, está, ao meu ver, devidamente fundamentada a exigência do quantitativo mínimo exigido.

Quanto ao excesso de atestados, verifico que, ao contrário do que alega a denunciante, foi previsto no item 7.4.1 do edital (fl. 96), a apresentação de pelo menos 1 (hum) atestado de capacidade técnica e no item 7.4.2 do edital (fl. 96), a admissão do somatório de atestados, eis que a empresa denunciada apresentou dois atestados, um que foi invalidado pela Comissão de Licitação (fl. 374), e o outro que teve sua apresentação considerada extemporânea.

Assim, discordando do posicionamento da Unidade Técnica, que foi ratificado pelo MPTC, julgo improcedente este apontamento de irregularidade, por entender que a IOMG justificou o estabelecimento dos quantitativos mínimos inseridos no edital, referentes aos atestados comprobatórios da capacitação técnica-operacional, bem como possibilitou a apresentação de mais de um atestado, não configurando ofensa ao princípio da competitividade, conforme previsão nos artigos 3º, § 1º, inciso I e art. 30, II da Lei n. 8.666/93 e art. 37, XXI da Constituição da República.

3. Não aceitação do responsável técnico da recorrente, em razão de não ser a mesma pessoa cujo nome estava registrado na Certidão de Registro e Quitação do CRN (item 7.4.5 do edital)

A empresa denunciante alegou, à fl. 4, *verbis*:

Que a empresa possui em seu quadro vários nutricionistas devidamente habilitados junto ao CRN, dentre eles, por óbvio, o que consta na Certidão de Registro e Quitação do CRN.

Entretanto, encaminhou documento de nutricionista diverso do que consta na CRQ do CRN porque o referido funcionário seria o responsável por acompanhar os serviços no âmbito desta contratação, estando tal atitude de acordo com o estipulado no item 7.4.5 do Edital. Não obstante essas argumentações, as quais foram acompanhadas das comprovações de que possui total capacidade para prestar os serviços ora licitados, o Diretor Geral da IOMG, seguindo as orientações e manifestações equivocadas de suas áreas técnicas (CPL e Procuradoria) manteve a inabilitação da signatária.

Analisando a 9ª Alteração Contratual, datada de 10/02/2012, juntada a fl. 319/324, consta como responsável legal o profissional sócio da empresa, o nutricionista Crisomiro Marinho Sales Almeida.

Todavia, na Certidão de Registro e Quitação juntada a fl. 325, consta como responsável técnico, o Sr. Jeferson Rodrigues Gonçalves.

De acordo com as explicações contidas no julgamento do Pregão Eletrônico n. 38/2013 (fl. 337/338), a citada certidão:

[...] não concede à firma o direito de executar quaisquer serviços sem a participação do seu responsável técnico.

[...] esclarece ainda que, qualquer alteração ocorrida em um ou mais dados da empresa, após a emissão desta Certidão, torna a mesma inválida. Por todo o exposto conclui-se que a 9ª alteração contratual foi realizada em 10/02/2012, portanto esta alteração deveria ter sido informada ao CRN, para que os dados alterados na 9ª Alteração Contratual fossem alterados na Certidão de Registro e Quitação. Pelos motivos acima, conclui-se que a Certidão de Registro e Quitação é inválida por si só.

A comprovação de possuir em seu quadro permanente de funcionário pelo menos um nutricionista, responsável técnico pelos serviços prestados, foi de funcionário diferente ao do responsável técnico constante da Certidão de Registro e Quitação do CRN, e uma vez que, no documento está previsto que a Certidão não concede a firma o direito de executar quaisquer serviços relacionados com seu registro naquele conselho, sem a participação efetiva de seu responsável técnico, entendemos que a comprovação exigida no subitem 7.4.5 foi descumprida.

A Unidade Técnica, segundo análise de fl. 716, verificou que a mudança do responsável só seria possível com a apresentação de outra Certidão de Registro e Quitação, constando seu nome. Dessa forma, manifestou-se pela improcedência desta irregularidade denunciada.

O MPTC ratificou os fundamentos técnicos de fl. 1.490/1.509.

De fato, verifico que na Certidão apresentada a fl. 325, registrada em 25/09/2000, com validade até a data de 30/05/2013, constou o nome do Sr. Jeferson Rodrigues Gonçalves, como responsável técnico da empresa Family Restaurant's Ltda., e não o nome do Sr. Crisomiro Marinho Sales Almeida, sócio subscritor dos documentos de fl. 312/313 e fl. 316, todos datados de abril de 2013.

Ressalto que este foi um dos motivos que inabilitou a empresa denunciante, como relatado no item 1 desta fundamentação.

Isto posto, entendo que a empresa denunciante não cumpriu a exigência contida no subitem 7.4.5 do edital, visto que apresentou Certidão de Registro e Quitação desatualizada, a qual não

contemplava o registro da alteração procedida pela 9ª Alteração Contratual de sua empresa, constando o nome do atual responsável técnico da empresa, razão pela qual acompanho o entendimento da Unidade Técnica, ratificado pelo MPTC, para julgar improcedente este apontamento de irregularidade denunciado.

4. Não aceitação do menor preço (ausência de demonstração e comprovação das razões)

Afirma a denunciante que, após iniciada a sessão de lances do certame, verificou-se que a empresa que cotou o menor preço foi a Family Restaurant's Ltda., seguida da Mangiare Buffet e Produções Artísticas Ltda. e Cook Empreendimentos em Alimentação.

No entanto, a denunciante alega, em que pese terem as empresas Family e Mangiare cotado os menores preços, conforme demonstram os documentos anexos (Parecer da Procuradoria Jurídica do IOMG e manifestação do Pregoeiro), ambas foram inabilitadas por motivos que deixam em dúvida a lisura do certame.

Em resposta ao recurso interposto pela denunciante contra sua inabilitação (fl. 5), a IOMG afirmou que:

Com relação a não aceitação da proposta da RECORRENTE, sob a alegação de ser o menor preço, nos preocupou muito esta questão do menor preço, já que a RECORRENTE, no contrato firmado com a IOMG em 2012, tem hoje atualizado o preço de R\$ 11,90 por refeição transportada. Nossa preocupação vem ao encontro do padrão e alto nível de qualidade que pretendemos ter no nosso restaurante, e com toda sinceridade, dentro dos padrões exigidos no edital a RECORRENTE continuar praticando o mesmo preço do fornecimento de marmitex, gera dúvidas na qualidade e padrão exigidos nesta licitação atual, tamanha a riqueza de variedade de saladas, carnes, guarnições, dentre outras.

Na defesa de fl. 997/1001, apresentada pela Pregoeira à época, Sra. Cláudia Monteiro Bizarria, ponderou que como se trata de licitação na modalidade Pregão do tipo eletrônico, as fases são: após a disputa de lances e encerrado o tempo randômico, é analisada a documentação do licitante de melhor preço e sua proposta somente será aceita, se após análise for comprovada sua habilitação.

Afirma que, por esta razão, não era possível converter o processo em diligência, e aceitar as propostas das empresas Family ou Mangiare, pois a primeira não conseguiu em tempo hábil demonstrar sua capacidade técnica e a segunda não foi aprovada pela visita técnica, conforme relatório constante do processo (fl. 401/403).

Relata a pregoeira, também, que ao ser realizado o Pregão Eletrônico n. 2391202000103/2012, que teve como vencedora a empresa denunciante Family Restaurant's Ltda., contratada para entregar os "marmitex" inicialmente pelo período de 06 (seis) meses, para fornecimento de 140 (cento e quarenta) refeições diárias, foi advertida várias vezes durante a execução dos serviços, por má qualidade na prestação e dos produtos (958/964).

Afirma que pelos documentos de fl. 1046/1066, é possível comprovar, pelos laudos técnicos emitidos pela Gerência de Recursos Humanos (unidade fiscalizadora da execução dos serviços) que ocorreu falta de qualidade na manipulação de alimentos e elaboração dos marmitex, eis que foram encontrados junto aos alimentos: moscas, pedras, papéis, cabelo, larva junto à salada de folhas, frutas passadas, além da entrega de leite azedo, pão doce com

manteiga rançosa, transporte incorreto de alimentos que se encontravam revirados, chegando a se soltar do marmitex e cair da caixa de isopor.

Relata a Sra. Cláudia Monteiro Bizarria que foram feitas advertências e aberto Processo Administrativo Punitivo, conforme Portaria IOMG n. 07, de 03 de maio de 2013, publicada no DOE em 04/05/2013.

Destacou que não foi possível julgar se o preço ofertado pela denunciante era ou não inexequível. Se não foi declarada vencedora, o seu lance já era de conhecimento e não foi aceito, por não ter demonstrado, através da documentação apresentada, a sua capacidade técnica para o fornecimento do objeto licitado.

Asseverou que a empresa vencedora do certame ora denunciado, foi a empresa Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda., legalmente habilitada e aceita sua proposta no valor total de R\$1.583.900,00 (fl. 1404). Ressaltou que após concluídas as fases do processo, foi convocada a assinar o contrato com a IOMG, tendo apresentado o preço de R\$14,04 para cada refeição servida nos termos exigidos no edital, sendo que o preço unitário de mercado apurado foi de R\$18,42 por refeição.

A pregoeira destacou, por fim, que o valor estimado de mercado para esta licitação era de R\$2.295.255,69 para o total dos itens 1 e 2, que compõem o lote 1. Com a realização do Pregão, a IOMG fechou a licitação com valor vantajoso, levando em consideração as pesquisas de preços realizados no mercado.

A Unidade Técnica, após análise das defesas apresentadas, modificou seu entendimento relatório de fl. 1.490/1.509, para considerar improcedente este apontamento de irregularidade, uma vez que a exigência do menor preço foi cumprida na fase própria, sendo declarada vencedora a empresa Family Restaurant's Ltda., por ofertar o menor preço. Contudo, a empresa denunciante não logrou êxito na fase seguinte de habilitação, na qualificação técnica, por não ter apresentado a tempo o atestado de capacidade técnica, a comprovar a execução de 320 refeições, razão pela qual foi a 2ª licitante chamada para celebrar o contrato, por haver ofertado o 2º menor preço e preencher os requisitos de habilitação.

Como bem salientado pela Unidade Técnica, quanto a exequibilidade do preço ofertado, mesmo no pregão eletrônico, o Decreto Estadual n. 44.786/2008, no inciso XXX do art. 13, prescreve que, “quando necessário, o pregoeiro poderá solicitar ao licitante que demonstre a exequibilidade dos seus preços, observando o disposto no pregão presencial”. Infere-se, ainda, no inciso XVI do art. 12, que o pregoeiro deverá “estabelecer prazo para que o licitante demonstre a exequibilidade de seu preço.”

Asseverou, como destacado pelo defendente, o § 3º do art. 43 da Lei n. 8.666/93 não obriga, mas apenas faculta à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo (o mesmo diz o inciso III do art. 13 do Decreto 44.786/2008). Contudo, evidenciou que no entendimento de Marçal Justen Filho, a realização de diligência é obrigatória, constatada qualquer dúvida relevante. (“Comentários ...”, 14.ed.; Dialética, 2010 p. 598)

Por fim, a Unidade Técnica opinou pela recomendação à IOMG, para que nas próximas licitações, em caso de dúvida quanto à exequibilidade do preço apresentado, observe a previsão contida no § 3º do art. 43 da Lei Federal n. 8.666/1993.

O MPTC, como destaque nos itens acima, ratificou os fundamentos técnicos de fl. 1.490/1.509.

Pelas razões expostas da defesa, restou claro que o motivo pela inabilitação da empresa denunciante não residiu no preço por ela ofertado – que foi o menor, sem dúvida –, mas por não ter apresentado o atestado de capacidade técnica válido e atualizado com as alterações procedidas em seu contrato social, como visto no item 1 desta fundamentação.

Isto posto, julgo improcedente este apontamento de irregularidade denunciada, mas deixo de proceder à recomendação sugerida pela Unidade Técnica, uma vez que o motivo da inabilitação da empresa denunciante não teve qualquer relação com o preço, mas com o documento de habilitação de comprovação da capacidade técnica para a execução do objeto licitado.

5. Ausência de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários

A Unidade Técnica apontou em seu relatório preliminar, a ausência de orçamento prévio ou coleta de preços de mercado e a ausência de planilha de preços dos quantitativos apresentados no termo de referência (fl. 234/262).

Observou que a melhor doutrina tem destacado que um bom estudo prévio de custos e a pesquisa de mercado – com pelo menos três cotações de preço de fornecedores do objeto (declarações detalhadas e assinadas) – como referências para elaboração das propostas e posterior aceitabilidade das vencedoras – são medidas de grande importância, que visam evitar presentes e futuros superfaturamentos de preços.

Destacou que tais informações (planilha de custos unitários e comprovação de pesquisa de mercado) devem estar contidas, preferencialmente, no termo de referência, mencionado no inciso XX do art. 4º do Decreto Estadual n. 44.786/2008, além de estarem contidas, também, de forma genérica, no art. 7º § 2º, II da Lei 8.666/93, manifestando-se ao final, pela aplicação de multa aos responsáveis.

Em seu reexame de fl. 1.490/1.509, e após exame dos argumentos de defesa, trazidos pela Diretora de Planejamento e as Procuradoras Jurídicas da IOMG (fl. 892/895 e fl. 759/760), a Unidade Técnica constatou que houve sim a coleta de preços de mercado e elaboração de planilha de custos, que foram juntadas pelas defendentes a fl. 765/796. E mais, que no termo de referência, também, constaram os orçamentos prévios de fl. 53, fl. 63/65, fl. 75, e a média geral dos orçamentos à fl. 76.

Quanto ao orçamento estimado em planilhas de custos e preços unitários, a Unidade Técnica, verificou que no termo de referência de fl. 24/31, constou apenas quantitativos e especificações sem preços unitários (apenas o valor orçado total de R\$2.295.255,69 – à fl. 21 e 76).

Logo, a Unidade Técnica destacou que por estarem anexados os orçamentos e mencionado o valor geral estimado, e como não houve prejuízo ao erário ou a terceiros, propôs que fosse recomendado à IOMG que, nos processos licitatórios futuros sejam inseridos os preços unitários estimados de cada item do objeto, detalhadamente, conforme o § 2º, inciso II do art. 7º da Lei n. 8.666/1993.

Compulsando os autos, verifiquei que constou sim, no termo de referência, todos os quantitativos e especificações dos preços globais e unitários, além dos orçamentos prévios (fl. 163/164; fl. 794/795 e fl. 803), e a média geral dos orçamentos (fl. 796).

Isto posto, peço vênia para discordar do entendimento da Unidade Técnica, uma vez comprovada a elaboração do orçamento detalhado em planilhas de custos unitários e globais na fase interna da licitação, razão pela qual julgo improcedente este apontamento de irregularidade suscitado.

6. Exigência de protocolo presencial de impugnação ao edital e razões de recurso

O MPTC aditou este apontamento de irregularidade por considerar que a limitação do direito de impugnar o edital, assim como do oferecimento de recurso contra as decisões do pregoeiro, somente por meio presencial, constitui flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, notadamente no presente caso, que se trata de pregão eletrônico.

Para tanto, mencionou o art. 13, IV e XLII do Decreto Estadual n. 44.786/2008 (Pregão), e a Lei Federal n. 9.800/1999 (fac-símile), para ao final concluir que é irregular a exigência de protocolo presencial de impugnações ao edital, razões de recurso e contrarrazões, contida nos itens 3.3.1 e 9.2 do edital (fl. 210 e fl. 225).

Na defesa de fl. 760, as Procuradoras Jurídicas e a ex-Diretora de Planejamento, afirmaram que não houve impedimento para a apresentação de impugnação de recursos através de fax e posterior juntada do original no prazo legal, conforme estatuído na Lei Federal n. 9.800/1999, que “permite às partes a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais”.

Após o exame dos argumentos de defesa, a Unidade Técnica, destacou que as responsáveis negaram a inexistência da falha e não justificaram a adoção da forma única de encaminhamento de impugnações e recursos presencialmente.

Para análise de referido apontamento, necessária a transcrição do item 3 do edital (fl. 210), que previu o pedido de esclarecimentos e impugnação do ato convocatório sob análise, *in verbis*:

3 – DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS E DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

3.1 O pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório poderão ser realizados por qualquer pessoa, inclusive licitante, e deverão ser enviados ao(a) Pregoeiro(a), até o 5º (quinto) dia após a publicação do aviso do Edital.

3.2 Os pedidos de esclarecimento deverão ser encaminhados ao(a) Pregoeiro(a), por escrito, por meio do e-mail compras@iof.mg.gov.br

[...]

3.2.2 O esclarecimentos serão prestados pelo(a) Pregoeiro(a), por escrito, por meio do e-mail àqueles que enviaram solicitações de retirada do Edital.

3.3 Qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá impugnar os termos do presente Edital até o 5º (quinto) dia após a publicação de seu aviso, cabendo ao(à) Pregoeiro(a) decidir sobre a impugnação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

3.3.1 O interessado deverá apresentar instrumento de impugnação dirigido ao(à) Pregoeiro(a), a ser protocolizado junto ao Setor de Protocolo da Imprensa Oficial, [...] no horário de 08h00min (oito) às 17h00min (dezessete) horas, de segundas às sextas-feiras

úteis, observado o prazo previsto no subitem 3.3 deste ato convocatório, fundamentando o alegado e, se for o caso, juntar as provas que se fizerem necessárias. (g.n.)

Pela leitura dos itens 3.1 a 3.2.2, não resta dúvidas de que foi possibilitada a forma de envio do pedido de esclarecimentos via-e-mail.

Quanto à forma de impugnação disposta no item 3.3.1, não ficou claro que o interessado deveria comparecer pessoalmente para protocolá-la no Setor de Protocolo da IOMG, assim como o item 9 do edital (Dos Recursos, fl. 225), ao prever a forma de interposição de recursos e contrarrazões, que no subitem 9.2, previu o comparecimento obrigatório do licitante interessado na sede da IOMG para protocolar sua peça, senão vejamos:

9 – DOS RECURSOS

9.1 Declarado o vencedor ou fracassado o lote, os licitantes poderão em até 10 (dez) minutos manifestar motivadamente, por meio eletrônico em campo próprio, a intenção de recorrer.

[...]

9.2 A apresentação das razões de recurso e das contrarrazões, assim como documentos complementares, será efetuada obrigatoriamente mediante protocolo junto ao Setor de Protocolo da Imprensa Oficial, na Rua Espírito Santo, 1040, Centro, Belo Horizonte/MG, no horário de 08h00min (oito) às 17h00min (dezesete) horas, de segundas às sextas-feiras úteis, observados os prazos previstos no subitem 9.1. (g.n.)

E mais, pela leitura dos dispositivos editalícios transcritos, houve sim impedimento para a apresentação de impugnação de recursos através de fax e posterior juntada do original no prazo legal, ao contrário do que afirma a defesa, uma vez que se mostraram restritivos, e não ampliativos.

Por meio da impugnação ao edital os licitantes podem, ao identificarem ilegalidades no conteúdo das cláusulas editalícias, exigir a correção dos seus vícios. Impugnar significa refutar, contestar, contrariar, resistir, opor-se aos termos do edital, dada a suposta ilegalidade apontada. Ao impugnar o edital, o objetivo consiste, portanto, em alterar seus termos, de modo a adequá-los aos limites da lei.

A Autarquia licitante, ao limitar os meios para que tal direito seja exercido, excluindo a possibilidade do envio das impugnações por fax, e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Isto posto, em consonância com o entendimento do MPTC, ratificado pela Unidade Técnica a fl. 1.490/1.509, julgo procedente este apontamento de irregularidade suscitado, uma vez que limitar a possibilidade de impugnar o edital, apenas por meio presencial, constitui flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

No entanto, deixo de aplicar a multa aos responsáveis, uma vez que a restrição ao meio de impugnação imposta neste edital, não impediu que a empresa denunciante, bem como a empresa Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda., interpusessem recurso administrativo a fl. 406/414 e fl. 457/474, respectivamente; assim como não impediu

a apresentação de contrarrazões pela empresa Mangiare e Produções Artísticas Ltda., a fl. 513/519.

Nesse passo, recomendo aos atuais gestores que, nas próximas licitações, prevejam o envio das impugnações por fax, e-mail ou correios, além da forma presencial, em atendimento ao disposto no art. 5º, inciso LV, da CR.

7. Ausência de fixação de preço máximo

O MPTC aditou este apontamento de irregularidade e destacou que, conforme estabelecido no art. 40, inc. X, da Lei Federal n. 8.666/1993, o edital deve conter obrigatoriamente “o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referências”.

Esclarece, também, que a necessidade de fixação de preços máximos é defendida pela doutrina, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho, e que o seu estabelecimento atende ao disposto no art. 44, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

A Unidade Técnica concordou com o MPTC de que cabe recomendação à IOMG para que, nos futuros editais, fixem o preço máximo para cada item do objeto (bens e serviços).

Sobre o estabelecimento de preço máximo nos certames, destaco entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, em recentes decisões, notadamente na modalidade pregão, de que, independentemente da expressão utilizada pela Administração no ato convocatório, o valor indicado como referência, obtido a partir do orçamento realizado na fase de planejamento da contratação, deve ser entendido como valor limite para aceitação das propostas. Vejamos trecho do voto do Ministro Relator no Acórdão n. 1880/2010 – Plenário:

14. [...] Nos termos do item 3 do Sumário do Acórdão n. 392/2011 – Plenário:

“3 ‘Orçamento’ ou ‘valor orçado’ ou ‘valor de referência’ ou simplesmente ‘valor estimado’ não se confunde com ‘preço máximo’. O ‘valor orçado’, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o ‘preço máximo’ a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual.” (destacamos) (Min. Rel.: José Jorge. Data do julgamento: 16/02/2011.)

No mesmo sentido, se forma o item 32 do voto do Ministro Relator, que acrescenta, ainda, que “preço máximo” e “preço estimado” “são conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem”.

Do panorama apresentado, é possível inferir que a questão da aceitabilidade dos preços não é uníssona no âmbito do TCU, motivo pelo qual não se pode afirmar, com certeza, que o Tribunal se filia a esta ou aquela linha.

Justamente por isso, causa estranheza o conteúdo do voto do já citado Acórdão nº 392/2011 – Plenário. É que, diante de provocação por parte da unidade técnica no sentido de que se faria necessária a uniformização de jurisprudência quanto à aceitabilidade de preços (notadamente quanto à publicação dos orçamentos levantados), o Ministro Relator afirmou no seu voto não existir qualquer divergência nas deliberações do Tribunal de Contas da União a respeito do assunto, mencionando, inclusive, a questão dos preços máximo/estimados:

“30. Pelas razões a seguir aduzidas, entendo não haver motivo para instaurar-se, nos presentes autos, incidente de uniformização de jurisprudência, o qual encontra fundamento no art. 91 do Regimento Interno/TCU.

[...]

33. O orçamento deverá ser elaborado (fixado) em quaisquer situações, haja vista o disposto no art. 7º, § 2º, II (específico para obras e serviços de engenharia), c/c o art. 40, § 2º, II (aplicado a obras, serviços – de engenharia ou não – e compras), ambos da Lei de Licitações. Já a fixação do preço máximo está disciplinada no art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, com a interpretação que lhe foi conferida pela Súmula TCU nº 259.

34. Diferente é a situação da divulgação do valor de referência e do preço máximo, quando este for obviamente fixado. Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra está contemplada no art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, tem que haver necessariamente a divulgação do orçamento elaborado, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

35. [...] 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, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.

35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993.

36. Vê-se, portanto, inexistir qualquer tipo de divergência entre deliberações anteriores do TCU, a suscitar incidente de uniformização de jurisprudência. No caso concreto, haja vista a natureza do objeto do certame (não se trata de obra ou serviço de engenharia), não seria obrigatória a fixação de preço máximo, tampouco a divulgação do valor orçado, por se tratar de pregão. Pelas razões já expostas, ficaria a critério do órgão fixar o preço máximo, sendo igualmente discricionária a sua divulgação”. (g.n.)

Em consonância com o entendimento recente do TCU acima retratado, peço vênias para discordar do posicionamento do MPTC, ratificado pela Unidade Técnica, por entender que o estabelecimento do preço máximo da contratação e a divulgação do valor orçado, não são obrigatórios nas licitações na modalidade pregão.

Isto posto, julgo improcedente este apontamento de irregularidade aditado pelo MPTC.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto na fundamentação, voto:

Em preliminar, pelo acolhimento da ilegitimidade passiva arguida pelas pareceristas jurídicas da IOMG, à época, Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva,

uma vez que a emissão do parecer jurídico de fl. 167/172 foi meramente opinativo, afastando assim a responsabilização destas;

Ainda, em preliminar pela rejeição da litigância de má-fé arguida pela pregoeira da Imprensa Oficial à época, Cláudia Monteiro Bizarria, diante da falta de demonstração da ocorrência de dolo efetivo da empresa denunciante com a formulação desta denúncia, bem como da incidência de má-fé por parte desta, eis que não restou comprovada a ocorrência de nenhuma das hipóteses de litigância de má-fé, prevista no art. 80 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015.

Voto pela extinção do processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidades constantes da fundamentação;

Pela não aplicação de multa às responsáveis, Ana Costa Rego, Diretora de Planejamento e Gestão da IOMG à época, e Cláudia Monteiro Bizarria, ex-Pregoeira Oficial, com relação à restrição aos meios de impugnação ao edital, uma vez que a previsão de interposição pessoal da impugnação, não causou prejuízo ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, uma vez que das 7 (sete) empresas participantes, 2 (duas) interpuseram recurso administrativo: a denunciante Family Restaurant's Ltda., a fl. 406/414, e Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda., a fl. 457/474;

Pela determinação aos atuais responsáveis que, na hipótese de abertura de novo procedimento licitatório, que possua objeto idêntico ou assemelhado seja afastada, de forma clara e consistente, a irregularidade apontada nestes autos.

Intimem-se as responsáveis e os atuais gestores do inteiro teor desta decisão pelo D.O.C. e por via postal, nos termos regimentais, remetendo-lhes cópias das notas taquigráficas.

Transitado em julgado, arquivem-se os autos, nos termos do art. 196, § 2º, c/c art. 176, I, do Regimento Interno, depois de cumpridos os trâmites regimentais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em **I)** acolher, na preliminar, a ilegitimidade passiva arguida pelas pareceristas jurídicas da IOMG, à época, Larissa Trindade Mendes Amaral e Roberta Corrêa Lima Ignácio da Silva, diante da incontestável formalização do parecer jurídico de fl. 167/172 foi meramente opinativo, afastando assim a responsabilização destas; **II)** rejeitar, ainda na preliminar, da litigância de má-fé arguida pela pregoeira da Imprensa Oficial à época, Cláudia Monteiro Bizarria, diante da falta de demonstração da ocorrência de dolo efetivo da empresa denunciante com a formulação desta denúncia, bem como da incidência de má-fé por parte desta, eis que não restou comprovada a ocorrência de nenhuma das hipóteses de litigância de má-fé, prevista no art. 80 do Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015; **III)** declarar a extinção do processo, com resolução de mérito, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), diante da procedência parcial dos apontamentos de irregularidades constantes da fundamentação; **IV)**

não aplicar multa às responsáveis, Ana Costa Rego, Diretora de Planejamento e Gestão da IOMG à época, e Cláudia Monteiro Bizarria, ex-Pregoeira Oficial, com relação à restrição aos meios de impugnação ao edital, uma vez que a previsão de interposição pessoal da impugnação, não causou prejuízo ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, uma vez que das 7 (sete) empresas participantes, 02 (duas) interpuseram recurso administrativo (a denunciante Family Restaurant's Ltda., a fl. 406/414, e Cook Empreendimentos em Alimentação Coletiva Ltda.) a fl. 457/474; **V)** determinar aos atuais responsáveis que, na hipótese de abertura de novo procedimento licitatório, que possua objeto idêntico ou assemelhado seja afastada, de forma clara e consistente, a irregularidade apontada nestes autos; **VI)** determinar a intimação das responsáveis e os atuais gestores do inteiro teor desta decisão pelo D.O.C. e por via postal, nos termos regimentais, remetendo-lhes cópias das notas taquigráficas; **VII)** determinar o arquivamento dos autos, transitado em julgado, nos termos do art. 196, § 2º, c/c art. 176, I, do Regimento Interno, depois de cumpridos os trâmites regimentais.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de outubro de 2017.

MAURI TORRES

Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO

Relator

(assinado eletronicamente)

ahw/jb

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coordenadoria de Sistematização e Publicação
das Deliberações e Jurisprudência**