

PROCESSO Nº: 969.113
NATUREZA: DENÚNCIA
ENTIDADE: INSTITUIÇÃO DE COOPERAÇÃO INTERMUNICIPAL
DO MÉDIO PARAÓPEBA - CISMED
DENUNCIANTE: CRISTIANO FERNANDES MATOS DA SILVA
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO
ANO REF.: 2015

REEXAME

I. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos sobre Denúncia oferecida pelo Sr. Cristiano Fernandes Matos da Silva, diante de supostas irregularidades em procedimento licitatório realizado pelo Instituto de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba – ICISMEP, no exercício de 2015 (Processo n. 129/2015), na gestão de João Luiz Teixeira, Secretário Executivo do consórcio à época.

Nesse sentido, o denunciante alega que os serviços de alimentação já são certos e determinados, não podendo a sistemática do Sistema de Registro de Preço (SRP) ser utilizada para a contratação. Além disso, afirma que o edital licitatório não solicitou a apresentação do Balanço Patrimonial como forma de analisar a situação financeira da empresa participante. Por fim, alega, ainda, que o edital não solicitou a apresentação de atestados de capacidade técnica que comprovem aptidão para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazo com o objeto da licitação.

No exame inicial, às fls. 67/70v, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL concluiu pela confirmação de duas irregularidades nos procedimentos licitatórios apontadas pela denúncia, quais sejam: utilização indevida do sistema de registro de preço e exigência insuficiente de comprovação de qualificação econômico-financeira.

Em manifestação preliminar, o Ministério Público de Contas (MPC) emitiu parecer, às fls. 76/81v, ratificando o relatório técnico inicial e, ainda, apontou, ausência do orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços; ausência de definição das parcelas de maior relevância e valor significativo para fins de exigência de atestado de capacidade técnica; admissibilidade das razões de recurso apenas por meio de protocolo presencial; atribuição irregular de responsabilidades à contratada quanto ao controle de quantitativos fornecidos e assunção indevida de custos atinentes às atividades da contratada. Além disso, o Parquet solicitou intimação do denunciante para que encaminhe cópia integral do Processo Licitatório n. 129/2015, Pregão Presencial n. 73/2015.

Na fl. 106, o Conselheiro Relator, Cláudio Couto Terrão, converteu os autos em diligência, intimando o Sr. João Luiz Teixeira para que encaminhe cópia integral do Procedimento Licitatório n. 129/2015, Pregão Presencial n. 73/2015, sob pena de multa. Assim, à fls. 113/1403, o denunciado deu cumprimento ao despacho da fl. 106.

A partir da disponibilização do Procedimento Licitatório n. 129/2015, Pregão Presencial n. 73/2015, a CFEL se manifestou novamente a respeito das supostas irregularidades que foram apontadas na denúncia. Logo, às fls. 1407/1417v, esse órgão técnico solicitou a citação do Secretário Executivo do i.CISMEP, João Luiz Teixeira, e da Pregoeira e Subscritora do edital, Laís Gomes Martins, bem como concluiu pelas seguintes irregularidades:

- a) A utilização indevida do sistema de registro de preços para o pretendido ajuste;

- b) Exigência insuficiente de comprovação de qualificação econômico-financeira, dado o vulto da contratação;
- c) Ausência de orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços;
- d) Admissibilidade das razões de recurso apenas por meio de protocolo presencial;
- e) Assunção indevida de custos pela Administração, atinentes às atividades da contratada.

Posteriormente, o MPC se manifestou novamente, às fls. 1419/1421v, requerendo a citação do Sr. João Luiz Teixeira, da Sra. Laís Gomes Martins e da Sra. Eduarda Frederico Duarte Arantes para que apresentem defesa. Além disso, o órgão ministerial requereu o aditamento da denúncia em razão das seguintes irregularidades:

- a) Ausência de justificativa quanto a adoção do sistema de registro de preços à vista da natureza dos serviços contratados;
- b) Ausência do orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços;
- c) Ausência de definição das parcelas de maior relevância e valor significativo para fins de exigência de atestado de capacidade técnica;
- d) Admissibilidade das razões de recurso apenas por meio de protocolo presencial;
- e) Assunção indevida de custos atinentes às atividades da contratada;
- f) Ausência de ampla pesquisa de preços;
- g) Ausência de parecer jurídico.

Foi determinada a citação dos Srs. João Luiz Teixeira, autoridade homologadora do certame, Laís Gomes Martins, pregoeira e subscritora do edital de

licitação, Eduarda Frederico Duarte Arantes, subscritora da justificativa de fls. 122/126, para apresentarem defesa em relação às irregularidades apontadas pelo Órgão Técnico e pelo MPC, conforme despacho de fl. 1422.

Em cumprimento à referida determinação, os Srs. João Luiz Teixeira, Laís Gomes Martins e Eduarda Frederico Duarte Arantes, manifestaram-se às fls. 1444/1471, e apresentaram documentação anexada às fls. 1472/1787v, 1789/1790 e 1792/1795.

Nesses termos, os autos retornam a este Órgão Técnico para reexame – fl.1800.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. Da impossibilidade de adoção do sistema de registro de preços para o serviço objeto do contrato

À fl. 02, o Denunciante alega que considerando que os serviços de alimentação já são certos e determinados, não poderia a sistemática do Sistema de Registro de Preço (SRP) ser utilizada para a contratação vertente, infringindo o inciso IV, art. 3º do Decreto n. 7.892/2013.

A defesa alega (fl. 1452), em suma, que *“conforme vastamente demonstrada e com base na legislação vigente, a adoção do sistema de registro de preços na licitação ora analisada encontra-se devidamente prevista e autorizada pelos normativos legais, bem como, não importou em dano ao erário, tampouco foi realizada sem planejamento prévio, portanto, não pode ser considerada irregular”*.

Análise:

A presente denúncia trata de procedimento licitatório cujo objeto é o registro de preço para futura e eventual terceirização da administração dos serviços de alimentação para a coletividade.

Nesse sentido, o art. 1º do Decreto Federal n. 7.892/13 permite que as aquisições de bens e as contratações de serviços poderão ser realizadas através de

Registro de Preços. Dessa forma, na Consulta n. 678.606 do TCEMG, esta Corte se manifestou a respeito da definição de fornecimento de alimentação:

Certo é que, embora omissa a legislação de regência, predomina, na doutrina, entendimento segundo o qual a natureza jurídica do fornecimento de alimento é de prestação de serviços e não compra. Na espécie, os ingredientes, exemplo grata, o arroz, feijão, carne etc., não são objetos do contrato licitado, mas sim o esforço pessoal do licitante no preparo e fornecimento da refeição, o que configura um serviço a ser prestado.

A Prof. Maria Sylvia Zanella di Pietro sustenta, acertadamente, que, in casu, “algumas vezes, além de fornecer material, o contratado se compromete a produzi-lo, hipótese em que haverá um misto de locação de serviços e fornecimento. É o que ocorre com o fornecimento de alimentação aos presos, por exemplo” (in Direito Administrativo, 13 ed. São Paulo: Atlas, p. 281).

Conforme o trecho da consulta, o fornecimento de alimentação se caracteriza como prestação de serviços, na medida que o licitante é responsável não só pela entrega dos alimentos, mas pelo gerenciamento, preparo e fornecimento das refeições objetos da licitação.

O Denunciante argumenta, à fl. 03, que *“os serviços de alimentação objeto da licitação em tela são fornecidos regularmente e continuamente há mais de um ano pela empresa declarada vencedora do certame, não havendo descontentamento do prazo e do quantitativo a ser fornecido, descaracterizando o Sistema de Registro de Preços”*.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou no seguinte sentido:

É lícita a utilização do sistema de registro de preços para contratação de serviços contínuos, desde que configurada uma das hipóteses delineadas no art. 2º, incisos I a IV, do Decreto 3.931/2001. (Acórdão 1737/2012 - Plenário do TCU)

O sistema de registro de preços somente deve ser adotado para contratação de serviços contínuos nas hipóteses autorizadoras e com expressa justificativa da circunstância ensejadora do registro. (Acórdão 3092/2014 - Plenário do TCU)

Assim, o Anexo I da Instrução Normativa n. 2/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão define serviços continuados como aqueles cuja interrupção possa comprometer a continuidade das atividades da Administração e cuja necessidade de contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro e continuamente.

Dessa forma, para se caracterizar como contínuo, é necessário que o serviço seja essencial e habitual para o contratante. De tal modo, a essencialidade corresponde à necessidade de existência e manutenção do contrato, uma vez que uma eventual paralização da atividade implicaria em prejuízos à prestação do serviço público pela Administração. Já a habitualidade se caracteriza pela necessidade do serviço ser prestado de forma permanente e ininterrupta.

Logo, a terceirização da administração dos serviços de alimentação para a coletividade pelo I.CISMEP pode ser feita por meio de registro de preços, pois se trata de serviço contínuo, já que o fornecimento das refeições é essencial e habitual. Dessa maneira, a realização do serviço contratado é necessária para o funcionamento do Instituto, porquanto a paralização de seu fornecimento prejudicaria a atividade fim do Consórcio de prestação de serviços médicos ambulatorial e hospitalar, na medida que há fornecimento de alimentação a pacientes e funcionários, conforme o item 3 do Termo de Referência – fl. 19/21. Em razão disso, tal atividade é realizada permanente e ininterruptamente.

Além disso, o art. 3º do Decreto Federal n. 7.892/2013 traz as hipóteses em que se pode realizar o registro de preços:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

- I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;
- III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
- IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

A partir da análise do dispositivo supracitado, percebe-se que o caso tratado na denúncia se encaixa na hipótese do inciso IV, do art. 3º do Decreto Federal n. 7.892/2013. Isso se deve ao fato de que o ICISMEP, ao fornecer refeições a pacientes e funcionários durante a prestação de serviços médicos ambulatorial e hospitalar, não consegue definir com precisão o quantitativo de refeições demandados por cada um deles.

No Anexo II – Justificativa de Compra do procedimento licitatório, à fl. 124, a entidade contratante justificou a escolha da contratação por meio de registro de preço, afirmando que *“há apenas 1 (um) ano a Instituição terceirizou o serviço, amadurecendo de forma diária as regras envolvidas na prestação de serviço, inclusive no que tange o quantitativo a ser estabelecido, já que, a oscilação nas atividades desenvolvidas pela Instituição implica diretamente nos itens a serem adquiridos.”*

À fl. 124, o Consórcio afirma que *“cabe mencionar ainda que, poderão os municípios consorciados transferir serviços como também, poderão cessar as prestações de serviços a qualquer momento, motivo pelo qual, demonstrada a inviabilidade na indicação de um quantitativo que, sem sombra de dúvidas, oscilará”*.

Essa eventual oscilação é verificada no item 24.8 do contrato – fl. 96v:

24.8. Outra Unidade poderá ser acrescentada em raio não superior a 150 km da Sede da i.CISMEP.

Nesse sentido, muitos dos destinatários dessas refeições são unidades de saúde do i. CISMEP. Assim, mesmo que seja uma atividade contínua, não tem como se definir precisamente o quantitativo de refeições a serem consumidas, uma vez que o fluxo de pacientes varia muito, bem como não se pode utilizar como referência que estão sempre com capacidade máxima de lotação. Além disso, os serviços prestados pelo Consórcio atende a vários Municípios Consorciados. Nesse sentido, há uma variação no número de Entes Municipais Consorciados – fls. 1487/1741v, impactando no número de pacientes beneficiados pelos serviços prestados e, conseqüentemente, no número de refeições fornecidas. Tal entendimento é justificado pelo Defendente, às fls. 1450/1451:

Notem que no ano de 2015, a ICISMEP possuía em vigência 4 (quatro) contratos de programa que visavam em linhas gerais a gestão de unidades de saúde dos municípios consorciados, sendo eles, Betim, Itaúna, Juatuba e Cláudio.

(...)

Lado outro, em que pese à época da licitação existir demanda para tanto, no ano de 2016, todos os contratos anteriormente existentes foram rescindidos, o que fez com que o planejamento se tornasse inócuo.

Logo, o Sistema de Registro de Preços é adequado, na medida que a Administração Pública, sob esse aspecto, não será prejudicada, pois não se compromete com a contratação do serviço objeto do procedimento licitatório, realizando-a quando lhe for conveniente, conforme art. 15, §4º da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei de Licitações).

Ao encontro desse entendimento, o ICISMEP, à fl. 126, dispõe que “*não havendo obrigatoriedade de aquisição pela Administração Pública, inexistindo, frente a oscilação das atividades pela Instituição um quantitativo de fornecimento regular e consequentemente valor financeiro posto*”.

Corroborando esse entendimento, à fl. 77v/78, o MPC afirma que “*dada a natureza contínua do serviço, considerando que não há vedação legal expressa para a utilização do sistema de registro de preços em tais hipóteses; que não serão realizadas contratações sucessivas independentes e diante da viabilidade de estimar os quantitativos necessários, os responsáveis devem ser citados para trazer aos autos justificativas acerca da adoção do sistema de registro de preços na contratação em questão*”.

Além disso, a análise inicial realizada pela CFEL, à fl. 68v, destacou que, no presente caso, é cabível o Sistema de Registro de Preços, porém foi feita uma ressalva:

O registro de preços aqui seria possível sim, contrariando afirmativa do denunciante, mas o critério de julgamento não poderia ter sido o menor preço do lote, globalmente considerado.

Posteriormente, à fl. 1409, a CFEL se manifestou novamente:

Esta Unidade Técnica entendeu pelo não cabimento do registro de preços para o pretendido ajuste, tendo em vista que a vantajosidade do registro de preços diz respeito à aquisição pelo menor preço unitário de cada um dos itens que vierem a compor o objeto licitado: será

registrado em ata sempre aquele que for mais vantajoso para a Administração, se e quando ela decidir contratar.

De fato, a adoção do critério de julgamento menor preço unitário por item aumenta o caráter competitivo, possibilitando que a contratante escolha a proposta que atenda as características estabelecidas no edital licitatório por um menor preço para cada um dos itens.

Entretanto, é admissível o emprego do menor preço global quando não for possível a adoção do menor preço unitário por item por motivo técnico e econômico devidamente justificados pela Administração, amparado por estudos e pesquisas realizados na fase interna da licitação.

Confirmando esse entendimento, no Informativo de Licitações e Contratos nº 216. Acórdão nº 5.134/2014 – 2ª Câmara, o Tribunal de Contas da União (TCU) já se manifestou a respeito do assunto:

Já quanto à adjudicação por menor preço global em sistema de registro de preços, em lugar da adjudicação por itens, as justificativas apresentadas não podem ser aceitas. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, em licitações para registro de preços a regra geral deve ser a adjudicação por item, em benefício da ampliação da participação e da seleção da proposta mais vantajosa. A adjudicação por preço global deve ser devidamente justificada. E o TRE/GO se limitou a argumentar que a contratação em lote único facilitaria a gestão e a fiscalização do contrato, sem apresentar uma avaliação técnica acerca das opções de parcelamento da licitação, deixando de demonstrar a inviabilidade técnica e econômica da divisão. Sendo assim, a justificativa não pode ser aceita.

A par desse entendimento do TCU, a instituição contratante, na defesa, às fls. 1446/1449, apresentou a justificativa pela adoção do critério de julgamento menor preço global.

À fl. 1447, um dos argumentos utilizados pelo Defendente para a adoção do menor preço global é que *“inviável seria, por exemplo, adquirir os produtos de empresas diversas, inclusive aquelas que por ventura pudessem fornecer itens em separado”*. Além disso, o Defendente afirma:

Nesse sentido e aproveitando o espaço existente nas dependências da Administração Pública é que se optou por manter toda a prestação de serviços em sua unidade, inviabilizando a referida licitação por item.

Tal motivo está de acordo com o disposto no parágrafo 2º do art. 8º do Decreto Federal n. 7.892/13, o qual assegura que “na situação prevista no § 1º, deverá ser evitada a contratação, em um mesmo órgão ou entidade, de mais de uma empresa para a execução de um mesmo serviço, em uma mesma localidade, para assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.”

Essa justificativa é razoável e está em conformidade com os termos do Decreto Federal n. 7.892/13, já que a adoção do critério de julgamento menor preço por unidade poderia causar prejuízos à Administração decorrentes da quantidade de empresas fornecendo diferentes itens que compõem as refeições. Assim, a operacionalidade do fornecimento das refeições por uma única empresa fica facilitada, além de que contribui para uma melhor gestão contratual.

Por todo exposto, este órgão técnico entende que o apontamento deve ser afastado, uma vez que, no presente caso, é admitido a adoção do Sistema de Registro de Preços e do critério menor preço global.

II.1.2 Da insuficiência de comprovação da qualificação econômico-financeira

Em síntese, à fl. 03, o Denunciante aponta que “o edital não solicitou a apresentação do Balanço Patrimonial como forma de analisar a boa situação da empresa participante em conformidade com o Art 31, inciso I da Lei 8.666/93”.

A defesa afirma (fl. 1454) que o rol de documentação relativo à qualificação econômico-financeira não se trata de imposição legal, mas em um rol taxativo de possibilidade de requerimento de documentação financeira.

Análise:

Os arts. 30 e 31 da Lei Federal n. 8.666/93 trazem o rol de documentos necessários à qualificação técnica e econômico-financeira dos licitantes:

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

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

- I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Dessa forma, analisando os dispositivos supracitados, verifica-se que a Lei de Licitações não exige que seja apresentada toda a documentação disposta nos incisos. Na realidade, trata-se de uma relação de documentos na qual não pode ser extrapolada, ou seja, a autoridade realizadora da licitação não pode exigir, a título de qualificação econômico-financeira, documentos diversos do balanço patrimonial, das demonstrações contábeis do último exercício social, da certidão negativa de falência ou concordata e da garantia.

Nessa linha, Marçal Justen Filho ensina:

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos.

Essa interpretação foi adotada pelo próprio STJ, ainda que examinando a questão específica da qualificação econômica. Determinou-se que ‘não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do art.31, da Lei 8.666/93’ (REsp nº 402.711/SP, rel. Min. José Delgado, j. em 11.06.2002). Os fundamentos que conduziram à interpretação preconizada para o art. 31 são extensíveis aos demais dispositivos disciplinadores dos requisitos de habilitação.¹

Além disso, a exigência de documentação relativa à qualificação econômico-financeira é uma discricionariedade da Administração Pública. Assim, cabe a Entidade Contratante, no caso concreto, levando em consideração as peculiaridades da licitação, definir os documentos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, resguardando-a contra uma eventual má execução do contrato firmado com o licitante vencedor. Para isso, deve-se escolher dentre as opções dos arts. 30 e 31 da Lei Federal n. 8.666/93, para fins de qualificação técnica e econômico-financeira, respectivamente.

No acórdão referente à Denúncia n. 1.072.464, esta Corte de Contas se manifestou no seguinte sentido:

Quanto ao segundo tópico levantado pela denunciante, tendo em vista que este Tribunal possui entendimento no sentido de não ser obrigatória a exigência de balanço patrimonial em edital de licitação na modalidade pregão, a julgar pela decisão proferida no bojo da denúncia 1054074, relatada pelo conselheiro substituto Hamilton Coelho e apreciada na sessão da Primeira Câmara do dia 23/04/2019, não vislumbro, neste momento de apreciação de medida cautelar, vício quanto a este ponto. O caput do art. 31 da Lei 8.666/1993 estabelece o limite de documentos que podem ser exigidos na licitação, não determinando que todos devem ser apresentados. Assim, o balanço patrimonial é um dos itens que podem ser exigidos para fins de qualificação econômico-financeira do licitante, não sendo obrigatória a sua exigência. (DENÚNCIA n. 1072464. Rel. CONS. SUBST. VICTOR MEYER. Sessão do dia 08/08/2019. Disponibilizada no DOC do dia 29/08/2019).

Portanto, não há irregularidade na exigência apenas da certidão de negativa de falência como documento para qualificação econômico-financeira, nem do atestado de capacidade técnica como única qualificação técnica. Porém, é recomendável que a

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12ª Ed.. São Paulo: Dialética, 2008. P. 378-379.

Administração estabeleça no edital mais exigências para qualificação técnica e econômico-financeira, desde que seja razoável e não prejudique a concorrência.

II.1.3 Da insuficiência de comprovação da qualificação técnica

Em suma, o denunciante alega (fl. 04) que *“o edital não solicitou a apresentação de atestados de capacidade técnica que comprovem aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação em conformidade com o Art. 30 da Lei 8.666/93”*.

Análise:

À fl. 165v, o edital de licitação do Processo Licitatório n.129/2015, Pregão Presencial n. 073/2015, previu como qualificação técnica:

10.1.4.2 – Atestado(s) de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, em papel timbrado, comprovando que a empresa licitante executa(ou) satisfatoriamente a administração e serviços de alimentação, conforme previsto no art. 30, inc. II da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, comprovado pelo CRN conforme resolução CFN Nº 510/2012.

Dessa forma, na qualificação técnica, o edital licitatório remete expressamente aos termos do Art. 30, II da Lei de Licitações. Logo, a apresentação do atestado de capacidade técnica deverá ser realizada nos termos desse dispositivo legal.

Portanto, afasta-se o apontamento feito pelo denunciante, uma vez que o atestado de capacidade técnica solicitado comprovará a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, na medida que o atestado exigido no edital de licitação cita expressamente o art. 30 da Lei Federal n. 8.666/93.

II.1.4 Da ausência de orçamento estimado em planilhas com os custos unitários de todos os elementos utilizados na formação de preços

À fl. 78, o MPC alega que foi verificado que o Termo de Referência – Anexo I, item 3 – Da especificação do objeto e da avaliação de custos (fls. 19), estima tão somente os preços das refeições. Afirma, ainda, que o orçamento estimado em planilhas de preços unitários deve conter os custos dos demais elementos envolvidos na formação dos preços para a prestação de serviços de alimentação hospitalar.

Em síntese, a Defesa alega (fl. 1457) que exigir os pormenores que compõem um produto é extremamente impossível, tornando-se extremamente inviável inserir cada ingrediente, cada trabalho envolvido. Por esse motivo, a defesa entendeu que os preceitos da Lei Federal n. 8.666/93 estavam cumpridos.

Análise:

Na fase interna da licitação, a entidade contratante deve realizar estudos e pesquisas de mercado sobre o objeto a ser licitado, para que, assim, seja possível definir a qualificação técnica, o quantitativo, a forma de execução e o valor estimado da contratação.

Nesse sentido, o art. 7º, §2º, II da Lei de Licitações dispõe que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

Quanto a esse ponto, à fl. 1457, a Defesa alega que *“exigir os pormenores que compõe um produto é extremamente impossível, imaginemos, por exemplo, o que compõe um Pão, ou seja, farinha, água, fermento, se torna extremamente inviável inserir cada ingrediente, cada trabalho envolvido”*.

Entretanto, no processo licitatório objeto desta denúncia, a entidade contratante deveria ter elaborado planilha desmembrando a composição dos custos do fornecimento das refeições. Deste modo, não se trata de especificar apenas os ingredientes das refeições, mas de todos os custos diretos e indiretos envolvidos na prestação do serviço, tais como despesas com transportes; materiais; mão-de-obra;

seguros em geral; equipamentos; ferramentas; encargos sociais, trabalhistas e previdenciário; impostos; taxas; regulamentos e impostos municipais, estaduais e federais.

Tal entendimento está em consonância com o disposto pela CFEL à fl. 1412v:

Entretanto, como se verá adiante no item 3.8, a Administração previu contrapartida sua, com a disponibilização de ‘água, energia elétrica, um ponto de ramal, ponto de internet que serão utilizados pela Contratante’, fl. 186v, o que deveria compor uma planilha mais detalhada de preços unitários e não se fez presente no edital.

Destarte, analisando a defesa apresentada, este órgão técnico entende que persiste a irregularidade apontada pela CFEL e pelo MPC, quanto à ausência de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários e formação de preços.

II.1.5 Da ausência de definição das parcelas de maior relevância e valor significativo para fins de exigência de capacidade técnica

Quanto à comprovação da capacidade técnica exigida no edital licitatório, o MPC aponta que *“tais critérios são, a princípio, genéricos, cabendo ao administrador público responsável pela licitação delimitar expressamente as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, sob pena de inviabilizar o julgamento objetivo do certame”*.

À fl. 1463, a defesa alega que a Lei n. 8.666/93 não impõe a exigência de indicar ou requerer que os Atestados de Capacidade indiquem a parcela de maior relevância, entendendo os gestores, dentro de seu mínimo poder discricionário, por ser suficiente a solicitação de atestado de capacidade devidamente registrado no órgão de classe.

Análise:

A qualificação técnica serve para que a Administração Pública Contratante possa escolher dentre os licitantes que possuem aptidão técnica para a execução

contratual. Entretanto, trata-se de um conceito heterogêneo, na medida que seus requisitos são variáveis conforme o caso.

Além disso, a partir da interpretação da Lei de Licitações, desprende-se que o conceito de qualificação técnica abrange outros dois: capacidade técnica operacional e técnica profissional. No primeiro, a habilitação técnica é avaliada levando em consideração a capacidade da empresa de cumprir o contrato a ser firmado, ou seja, a licitante apresenta documentação comprobatória acerca de experiências em execução de contrato com objeto similar. Já no segundo, a capacidade técnica é analisada sob a ótica do corpo profissional da empresa licitante, isto é, verifica-se se os profissionais da empresa que prestarão o serviço possuem experiência em contrato com objeto similar.

Nessa linha, Marçal Justen Filho pontua:

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participou anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

Por outro lado, utiliza-se a expressão “qualificação técnica profissional” para indicar a existência, nos quadros (permanentes) de uma empresa, de profissionais em cujo acervo técnico constasse a responsabilidade pela execução de obra similar àquela pretendida pela administração.

(...)

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar a obra ou serviço licitado. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública).²

Quanto à qualificação técnica, a Lei Federal n. 8.666/93 tratou da seguinte forma:

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

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal

² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12ª Ed.. São Paulo: Dialética, 2008. P. 412

técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

II - (Vetado).

a) (Vetado).

b) (Vetado).

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

Analisando o dispositivo supracitado, percebe-se que a definição das parcelas de maior relevância e valor significativo para fins de qualificação técnica se refere apenas à capacitação técnico-profissional. Assim, essa exigência não se aplica à qualificação técnico-operacional, uma vez que o inciso II do §1º do Art. 30 da Lei de Licitações, que fazia referência a ela, foi vetado.

À fl. 79, o MPC tratou do tema:

30. Tal comprovação, quer sob o aspecto técnico-profissional, quer sob o aspecto técnico-operacional, só é possível em relação às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, nos termos do art. 30, §2º da Lei Federal n. 8.666/93.

Quanto a definição das parcelas de maior relevância e valor significativo na qualificação técnico-operacional, o TCU já se manifestou:

À luz do disposto no inciso I (parte final) do § 1º do mencionado art. 30, só se admite que a comprovação da experiência anterior não seja associada à exigência de quantitativos mínimos quando se tratar de capacitação técnico-profissional. Assim sendo, por não fazer expressa alusão à capacitação técnico-operacional, do dispositivo supra apenas se podem extrair regras acerca da qualificação técnico-profissional. Ainda que, a meu ver, esteja autorizada a fixação de parâmetros

quantitativos quando se tratar de comprovação de capacitação técnico-operacional, a exigência da Administração encontrará limites no princípio da razoabilidade, ex vi do disposto no art. 37, inciso XXI, da Lei Maior, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Decisão 1618/2002 - TCU – Plenário)

Súmula nº 263/TCU: para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Portanto, conforme entendimento sumulado do TCU, entende-se que só haverá obrigatoriedade de definição das parcelas de maior relevância e valor significativo quando o instrumento convocatório da licitação exigir quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes. Além disso, para fins de qualificação, é vedado que a Administração Pública faça qualquer exigência que não conste na Lei Federal n. 8.666/93. Nesse sentido, esta Corte, nos autos do Processo de Denúncia n. 1.007.395, afirma o seguinte:

Com efeito, é vedada a especificação de exigências adicionais que não constam do rol taxativo do art. 27 da Lei de Licitações, sendo a documentação relativa à qualificação técnica, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, requisitada por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, conforme §1º do art. 30 do citado normativo. (DENÚNCIA n. 1007395. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 23/05/2019. Disponibilizada no DOC do dia 01/07/2019)

Entretanto, cabe à Administração Pública, em cada caso, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fazer exigências de qualificação técnico-operacional indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Assim, apesar de ser recomendável a definição das parcelas do objeto do contrato que sejam mais relevantes e de valor mais significativo, não se trata de ilegalidade caso não sejam definidas pela contratante.

Por todo o exposto, este órgão técnico entende que o apontamento feito pelo MPC deve ser afastado, já que não há na Lei de Licitações, para fins de capacitação

técnico-operacional, da exigência de definição das parcelas de maior relevância e valor significativo dos serviços a serem contratados, a não ser no caso de haver exigência de comprovação de execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços similares.

II.1.6 – Dos meios de apresentação das razões de recurso

À fl. 79v, o MPC aponta que *“limitar apenas ao presencial a possibilidade de ou oferecer recurso contra as decisões do Pregoeiro constitui flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República”*.

A defesa declara, à fl. 1464, que embora o edital de licitação indique que o recebimento dos recursos se faz de forma presencial, não se trata de prática adotada pela Administração. Afirma, ainda, à fl. 1465, que a legislação que regulamenta o procedimento licitatório especifica como será processado os recursos, mas não impõe a forma de apresentação das razões recursais.

Análise:

O item 16 do edital de licitação objeto dessa análise trata dos recursos a serem interpostos – fls. 169v/170:

16.4. – Os recursos e respectivas contrarrazões deverão obedecer aos seguintes requisitos, sob pena de não serem conhecidos:

(...)

16.4.3. – Ser protocolizado na Sala da Comissão de Licitação da i.CISMEP, na Rua Córsega, nº 318, Bairro Arquipélago Verde, Betim (MG), CEP 32.656-860.

A respeito desse item 16.4.3 do edital licitatório, o MPC, à fl. 80, alega o seguinte:

38. Ademais, o controle de legalidade sobre os procedimentos licitatórios deve ser o mais amplo possível, não existindo óbice para que as diversas formas de impugnação (presencial, via fac-símile e virtual) coexistam. Isso importa na conclusão de que em todos os certames devem ser admitidas variadas formas de interposição de recursos.

Assim, no processo licitatório objeto da denúncia, o ICISMEP limitou a apresentação de recursos à forma presencial. Apesar das Leis Federais n. 8.666/93 e

10.520/02 (Lei do Pregão) não tratem a forma de interposição recursal, a Administração Pública deve facilitar a impugnação pelos interessados no certame através de vários meios de apresentação recursal.

Deste modo, esta Corte de Contas já tratou do tema:

A exigência de entrega de impugnações e recursos na sede da Prefeitura representa, em tese, uma dificuldade ao exercício do direito de petição de licitantes que não possuam sede no Município de Pedralva. E não é aceitável a justificativa de que o Município conta com uma pequena estrutura organizacional e não possui diversos protocolos. (DENÚNCIA n. 876812. Rel. CONS. ADRIENE ANDRADE. Sessão do dia 11/07/2017. Disponibilizada no DOC do dia 11/08/2017.)

A Administração, 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. (EDITAL DE LICITAÇÃO n. 876359. Rel. CONS. SEBASTIÃO HELVECIO. Sessão do dia 08/08/2017)

Não acarreta prejuízo algum à condução do certame a admissibilidade, por exemplo, de impugnação via fac-símile, com a remessa posterior do original por via postal ou protocolo presencial. Aliás, no Poder Judiciário não é novidade a prática de atos processuais via fac-símile, conforme previsto na Lei Federal n. 9.800/99. Esta Corte de Contas possui reiterada jurisprudência afirmando que a restrição aos meios de impugnação ao edital e interposição de recursos é irregular, a exemplo dos acórdãos proferidos nas Denúncias n. 879.87612 e 862.79713. (DENÚNCIA n. 911655. Rel. CONS. JOSÉ ALVES VIANA. Sessão do dia 18/10/2018. Disponibilizada no DOC do dia 25/10/2018)

À fl. 1464, a defesa afirma que embora o edital de licitação indique que o recebimento dos recursos se faz de forma presencial, não se trata de prática adotada pela Administração. Entretanto, não foi apresentada qualquer documentação que comprove o fato alegado pela defesa.

À fl. 1466, o Defendente alega:

Mais uma vez, o apontamento promovido pelo Ministério Público de Contas e pela Coordenadoria de Fiscalização não apresentam-se como exigência legal.

Cabe salientar que a Administração age com base no princípio da legalidade, neste sentido, só promove seus atos com base no que a lei exige.

De fato, em consonância com o princípio da Legalidade, a Administração Pública só pode agir quando for determinada por lei e dentro dos seus limites. Entretanto, no caso em lide, o Art.4º, XVII da Lei Federal n. 10.520/05 e o Art. 109 da Lei Federal n. 8.666/93 não exigem que a interposição recursal seja feita exclusivamente de forma presencial. Pelo contrário, tais dispositivos devem ser interpretados de forma extensiva para que, assim, possibilite o máximo de meios recursais, atendendo aos princípios da isonomia, da igualdade, economicidade, eficiência, dentre outros.

Portanto, este órgão técnico entende que procede o apontamento feito pelo MPC, uma vez que a exigência do protocolo presencial como único meio de apresentação de recurso limita o acesso dos interessados a eventuais questionamentos do trâmite do procedimento licitatório.

II.1.7 – Do controle da execução contratual

Em síntese, às fls. 80/80v, o MPC questiona os itens 10.5.7 e 17.8 do Termo de Referência, alegando que *“o controle das refeições efetivamente fornecidas cabe à contratante, a quem compete fiscalizar a execução contratual, e tem reflexos na regularidade da liquidação e pagamento da despesa”*. Além disso, afirma que *“a fiscalização não pode ser realizada por aqueles que executam as obrigações previstas no contrato”*.

À fl. 1467, a Defesa alega que *“o ato de fiscalização, ao contrário do aduzido pelo MPC, encontra-se devidamente arrolado no item 17.8, bem como item 8 do Termo de Referência.”*

Análise:

Os itens 10.5.7 e 17.8 do Termo de Referência – fl. 181 e 184, dispõem:

10.5.7. A empresa deverá, obrigatoriamente, manter um registro diário das refeições efetivamente fornecidas e entregues nas respectivas unidades.

(...)

17.8. Realizar o controle da quantidade de refeições fornecidas diariamente, através de sistema adequado e auditável, previamente aprovado pela i.CISMEP, sendo necessário acompanhamento de um funcionário da Contratada durante o horário integral das refeições (café da manhã e almoço); fornecendo a Contratante, diária e mensalmente, o relatório de controle das refeições.

Entretanto, tais atribuições correspondem, na verdade, em medidas a serem adotadas pela Contratada para controle interno da execução contratual. Isso tem como objetivo o fornecimento de serviços de qualidade e facilidade na fiscalização a ser realizada pela entidade contratante.

A fiscalização da execução contratual cabe à Contratante, conforme se verifica no item 8 – Dos Critérios de Aceitabilidade do Objeto, às fls. 177v/178:

8. DOS CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DO OBJETO

8.1. **O acompanhamento e a fiscalização dos serviços, serão realizados por um responsável designado pela i.CISMEP**, para análise da qualidade e verificação de sua conformidade em relação as especificações exigidas no Termo de Referência.

8.2. O responsável atestará no documento fiscal correspondente, a entrega dos serviços nas condições exigidas, **constituindo tal atestação requisito para a liberação dos pagamentos à fornecedora contratada.**

8.3. **O recebimento definitivo do objeto somente se efetivará com a atestação referida anteriormente.**

8.4. No caso de defeitos ou imperfeições nos serviços, os mesmos serão recusados, cabendo à fornecedora contratada substituí-los por outros com as mesmas características exigidas neste termo, no prazo a ser determinado pela i.CISMEP.

(Grifos Nossos)

Conforme o exposto no item 8.1, fl. 177, verifica-se que a fiscalização da execução do contrato é competência do representante da Administração Pública contratante. No exercício dessa atribuição, o responsável averiguará se a Contratante está realizando o serviço em conformidade com as especificações do Termo de Referência.

Além disso, de acordo com os itens 8.2 e 8.3, fl. 177, o responsável atestará que a execução do contrato foi feita respeitando os termos do contrato. Assim, essa atestação é condição para que o pagamento seja feito à Contratada, e não o controle quantitativo das refeições fornecidas e entregues pela Contratada, nos termos dos itens 10.5.7 e 17.8, fls. 180v e 184, do Termo de Referência do edital de licitação.

Logo, pelas razões expostas, este órgão técnico entende que o apontamento feito pelo MPC deve ser afastado, visto que, conforme item 8 do Termo de Referência do edital de licitação, a fiscalização da execução contratual é feita por representante da Administração Pública contratante.

II.1.8 – Da utilização de infraestrutura e insumos da contratante

O Parquet de Contas aponta, à fl. 81, que *“as despesas oriundas decorrentes do consumo de tais insumos, vinculados à prestação de serviços de produção das refeições, são de responsabilidade da contratada”*.

Analisando o apontamento feito pelo MPC, a CFEL, à fl. 1417, argumenta que *“em que pese a demonstração dos preços praticados, que constam do item 3.1 deste relatório, não exorbitando dos preços de mercado, entende-se pela irregularidade dos insumos carregados pela Administração não terem sido considerados por meio da exigência da planilha de custos unitários e formação de preços”*.

À fl.1468, o Defendente afirma que *“o prédio é unitário e não possui diferenciação de rede de água, luz, telefone ou esgoto, portanto indivisível. Assegura, ainda, que “manter os encargos não tratou-se de opção mas sim obrigatoriedade”*. Por fim, a defesa alega que *“por tratar-se de um prédio, composto por 03 (três) andares e não existindo divisão de encargos como água, luz e telefone, inviável é a apresentação e unitarização dos valores dispendidos apenas na cozinha, motivo pelo qual, pede seja acatada a respectiva justificativa”*.

Análise:

Inicialmente, é importante destacar que não há na legislação licitatória vedação à assunção pela Contratante de despesas decorrentes da prestação do serviço a

ser contratado. Entretanto, conforme já exposto nessa análise, a Administração Pública deve considerar, em planilha de composição de custos e formação de preços, todos os gastos que ocorrerão na execução do serviço.

À fl. 186v, o edital de licitação trouxe o seguinte item:

21.14. A Contratante disponibilizará água, energia elétrica, um ponto de ramal, ponto de internet que serão utilizados dentro do regime interno da Contratante.

Destarte, no caso em análise, a Contratante assume todos os gastos da Contratada com água, energia elétrica, ponto de ramal e ponto de internet. Embora sejam custos indiretos, tais encargos contribuirão para a execução do serviço. Além disso, apesar do prédio da Contratante não ter separação de consumo de água, energia elétrica, internet e ponto de ramal por cada andar ou por cada setor, a Administração Pública deve utilizar algum critério objetivo de rateio para individualizar esses gastos. Assim, rateados esses custos, seria possível saber o quanto de cada um desses gastos que a Contratada utiliza.

Portanto, pelas razões apresentadas nesse tópico, esta unidade técnica entende que procede o apontamento feito pelo MPC.

II.1.9 – Da ausência de ampla pesquisa de preços

O MPC aponta, à fl. 1420, que *“a consulta de apenas três orçamentos nem sempre será capaz de demonstrar o preço médio de determinado item ou serviço no mercado”. Além disso, afirma que “devem os responsáveis, além da consulta direta a quantidade significativa de fornecedores, efetuar uma ampla e representativa pesquisa de mercado valendo-se das demais fontes de informação à disposição para consulta, tais como: i) Portal de Compras Governamentais; II) pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou domínio amplo; III) contratações similares de outros entes públicos, etc”.*

À fl. 1469, a Contratada se defende: *“Neste sentido, ilustres julgadores, a consulta em sítios oficiais do Portal de Compras Governamentais ou a obtenção de Atas ou Contratos promovidos por outras entidades de uma prestação de serviço/fornecimento tão específico se torna inócua jamais refletiria a realidade da atividade, os anseios da Administração e o atendimento das atividades conforme objetivos propostos”*.

Análise:

O Art. 15, §1º da Lei Federal n. 8.666/93 e Art. 7º do Decreto Federal n. 7.892/13 dispõem o seguinte:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
(...)

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Art. 7º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado.

Os dispositivos supramencionados exigem que seja realizada ampla pesquisa de mercado antes da realização de licitação para registro de preços. O objetivo dessa pesquisa é servir de referência para a Administração Pública Contratante se preparar para a realização da despesa, bem como serve de parâmetro para o julgamento objetivo das propostas que serão feitas.

Dessa forma, a pesquisa de preço deve ser realizada de forma ampla, utilizando, para isso, várias fontes de modo que o valor do objeto a ser licitado se aproxime ao máximo do preço de mercado.

No presente caso, a Contratante utilizou como pesquisa de preço única e exclusivamente o orçamento de 3 (três) empresas que atuam no setor. Entretanto, esta Corte de Contas tem entendimento firmado que 3 (três) orçamentos não são suficientes para a refletir o preço praticado no mercado:

2. Deve a Administração ampliar sempre as pesquisas de preços de mercado, valendo-se, além de orçamentos de fornecedores, de outras fontes de pesquisa como contratos de outros órgãos públicos. [DENÚNCIA n. 886535. Rel. CONS. MAURI TORRES. Sessão do dia 15/12/2015. Disponibilizada no DOC do dia 21/06/2016.]

Além disso, conforme estudo realizado pela CFEL, percebe-se que houve uma discrepância entre os preços unitários estimados e o preço unitário contratado. Tal divergência, em alguns itens, chegou a mais de 40%, podendo ser justificada pela deficiência da pesquisa de preços realizada pelo ICISMEP.

Por todo o exposto, este órgão técnico entende como irregular a pesquisa de preços feita pela Defendente, visto que utilizou apenas 3 (três) orçamentos de empresas que atuam no setor.

II.1.10 – Da ausência de parecer jurídico

À fl. 1421, o MPC alega que foi verificada a ausência, na fase interna do certame, da análise e aprovação da minuta de edital e seus anexos pela assessoria jurídica do Município.

Já a defesa, à fl. 1470, afirma que “*a fase interna do processo licitatório encontra-se devidamente analisada, conforme depreende-se dos vistos promovidos às fls. 46 a 94.*”

Análise:

O Art. 38 da Lei de Licitação cita um rol de documentos que deverão ser juntados ao procedimento licitatório, dentre eles, o parecer jurídico:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Deste modo, analisando os atos realizados no procedimento licitatório, constatou-se que não foi elaborado um parecer jurídico sobre a regularidade da licitação. No presente caso, esse instrumento é importante para verificar se a licitação está sendo realizada em consonância com as disposições da Lei de Licitações, Lei do Pregão e Decreto de Registro de Preços, auxiliando a atuação do administrador.

Ao contrário do afirmado pela defesa, o visto realizado nas folhas do edital licitatório não é suficiente para afastar o apontamento, uma vez que a elaboração de um parecer jurídico é um ato obrigatório do procedimento licitatório, sendo necessária a emissão de um parecer opinativo a respeito dos atos já realizados da licitação. Sobre esse ponto, esta Corte de Contas já se manifestou em várias oportunidades:

Considerando que a simples aposição de assinatura em uma única frase, que sugere concordância com os termos do edital e suposto atendimento ao parágrafo único do art. 38 da Lei n. 8.666/93 (a qual sequer foi assinada), não preenche os requisitos mínimos necessários para ser considerado um Parecer, entendo que não foi saneada a irregularidade referente à ausência de parecer jurídico. (Recursos Ordinários n. 951423 e 951625 - Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 28/03/2018).

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO. AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO. AUSÊNCIA DE TERMO DE REFERÊNCIA. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTAS AOS GESTORES PÚBLICOS. PROCEDÊNCIA. 1. O art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações obriga que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, sejam previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração. 2. A execução de um processo licitatório sem um termo de referência, sem critérios de qualificação mínima sobre o que se deseja adquirir, trará com consequência uma aquisição de qualidade inexistente, pois sem base para comparação, qualquer produto estará apto a ser adquirido. 3. As ausências do parecer jurídico e do termo de referência no procedimento licitatório são irregularidades relevantes que geram aplicação de multas aos gestores públicos. (DENÚNCIA n. 898436. Rel. CONS. ADRIENE ANDRADE. Sessão do dia 06/02/2018. Disponibilizada no DOC do dia 06/03/2018.)

RECURSO ORDINÁRIO Nº 1.040.669 RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ EMENTA RECURSO ORDINÁRIO. PREGÃO. AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO. APLICAÇÃO DE MULTA.

ALEGAÇÕES RECURSAIS INSUBSISTENTES. NEGADO PROVIMENTO.

1. O parecer jurídico, não obstante o caráter opinativo que possa ostentar, é ato obrigatório, cuja prática não pode ser preterida, porque o procedimento licitatório, na expressa dicção da Lei de Licitações, caracteriza ato administrativo formal. 2. A alegação de inexistência de dolo ou de dano ao erário, consoante entendimento pacífico deste Tribunal de Contas, não tem o condão de elidir a responsabilidade do agente público e, conseqüentemente, a multa que lhe é cominada por descumprimento de norma legal ou regulamentar, em razão do caráter objetivo dessa penalidade. (RECURSO ORDINÁRIO n. 1040669. Rel. CONS. GILBERTO DINIZ. Sessão do dia 16/05/2018. Disponibilizada no DOC do dia 28/05/2018.)

Logo, este órgão técnico entende que a justificativa dada pela defesa não afasta a irregularidade, motivo pelo qual deve ser mantido o apontamento feito pelo MPC.

III. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se pela procedência da denúncia, em função de irregularidades nos procedimentos licitatórios examinados, em violação ao ordenamento jurídico pátrio, a saber:

- a) ausência de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários e formação de preços;
- b) exigência do protocolo presencial como único meio de apresentação de recurso;
- c) Não inclusão, em planilha de composição de custos e formação de preços, dos gastos com a utilização pela Contratada de infraestrutura e insumos da Contratante;
- d) Ausência de ampla pesquisa de preços;
- e) Ausência de parecer jurídico.

Por fim, esclareça-se que as irregularidades assinaladas são passíveis de aplicação de multa aos Srs. João Luiz Teixeira, Laís Gomes Martins e Eduarda Frederico Duarte Arantes, respectivamente, à época, secretário executivo do CISMEP, pregoeira e subscritora da justificativa de fls. 122/126, agentes públicos solidariamente responsáveis pelos procedimentos licitatórios, por terem praticado atos com grave



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS
3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL



infração à norma legal, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II da Lei Orgânica desta Corte (Lei Complementar nº 102, de 2008).

À consideração superior.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2020.

Diogo Pereira França
Analista de Controle Externo
TC 3277-5