

Processo: 1141572
Natureza: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargantes: Adélia Figueiredo Carvalho, Itamar Cota Pimentel, Rafael Olavo de Carvalho
Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Sete Lagoas
Processo referente: 1110146, Denúncia
Procuradores: Helisson Paiva Rocha, OAB/MG 113.140; Alessandra Corrêa Lisboa, OAB/MG 82.315; Alessandra Maria Silva Macedo Almeida, OAB/MG 96.947; Ana Laura de Oliveira e Silva Macedo Pires, OAB/MG 90.095; Lorrana Dometila Negrelli, OAB/MG 133.566; Ayrê Azevedo Penna, OAB/MG 71.545; Cilma Alves Silva França, OAB/MG 54.916; Cíntia Marque Chaves, OAB/MG 99.567; Fernanda Vieira Souza Carvalhais, OAB/MG 106.928; Flávio Marcos Dumont Silva, OAB/MG 89.544; Henrique Carvalhais da Cunha Melo, OAB/MG 109.348; José Marcelo de Souza, OAB/MG 89.782; Leonardo de Lima Braga, OAB/MG 53.855; Luiza de Andrade Santos, OAB/MG 104.828; Rafael Barbosa França Matos, OAB/MG 113.344; Sandra Maria Fernandes Ferreira, OAB/MG 55.675; Wanderley Santos, OAB/MG 74.956; Luiz Márcio Cunha Machado, OAB/MG 82.316
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 2/5/2023

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. ADMISSIBILIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. AUSÊNCIA. REDISCUSSÃO DE TEMAS JÁ ANALISADOS. NEGADO PROVIMENTO.

1. Caberá Embargos de Declaração quando o acórdão proferido restar eivado de obscuridade, omissão ou contradição, conforme previsto no art. 342 da Resolução n. 12/2008.
2. Não compete aos Embargos de Declaração a rediscussão de temas que já foram analisados de maneira satisfatória e objetiva na decisão colegiada embargada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) admitir os embargos de declaração, na preliminar, tendo em vista serem próprios, alegarem e buscarem combater eventual e suposta omissão e contradição no acórdão proferido pela Segunda Câmara, nos autos da Denúncia, conforme dispõe o art. 342 do RITCEMG;
- II) negar provimento aos Embargos de Declaração, no mérito, por não vislumbrar omissão ou contradição na decisão embargada, mas sim intenção dos embargantes de rediscutir pontos que já foram objetiva e satisfatoriamente abordados na referida decisão colegiada;

- III) determinar a intimação dos embargantes, nos termos do art. 166, II e § 1º, I, do Regimento Interno.
- IV) determinar, após cumpridas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, com fulcro no art. 176, I da Resolução n. 12/2008.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Substituto Licurgo Mourão. Declarada a suspeição do Conselheiro José Alves Viana.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 2 de maio de 2023.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 2/5/2023

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Sra. Adelia Figueiredo Carvalho, pelo Sr. Itamar Cota Pimentel e pelo Sr. Rafael Olavo de Carvalho em face do Acórdão proferido nos autos da Denúncia nº 1.110.146, na sessão da Segunda Câmara em 07/3/2023.

Em suma, a Segunda Câmara desta Casa julgou parcialmente procedente a Denúncia n. 1.110.146 quanto a desclassificação da empresa Toppus Serviços Terceirizados Eireli por inexequibilidade da proposta, tendo sido aplicada multa individual aos ora embargantes.

Os embargantes alegaram omissão e contradição no acórdão recorrido, sob o fundamento de que a empresa Toppus Serviços Terceirizados Eireli foi desclassificada por desatender às exigências do ato convocatório da licitação. Sustentaram ainda o respeito ao contraditório e ampla defesa, bem como a ausência de dolo ou erro grosseiro.

Após o protocolo da peça inicial (peça nº 2 do SGAP), os presentes autos foram distribuídos à minha relatoria, em 23/3/2023, conforme aponta o termo anexado à peça nº 4 do presente processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Admissibilidade

Conforme consta na certidão juntada à peça 47 dos autos da Denúncia nº 1.110.146, os presentes Embargos de Declaração foram protocolizados neste Tribunal, em 20/3/2023, versando sobre o acórdão que fora proferido na sessão da Segunda Câmara do dia 07/3/2023 e disponibilizado no Diário Oficial de Contas em 14/3/2023. Assim, nota-se que entre a referida decisão e o protocolo do recurso foi observado o prazo de 5 (cinco) dias úteis para sua interposição, em atenção aos termos do art. 343 do Regimento Interno desta Corte.

Ademais, verifico que os embargantes são partes legítimas para oposição dos presentes Embargos, uma vez que foram atingidos pela decisão embargada, conforme previsto no art. 325, I, da norma regimental.

Por fim, os presentes Embargos são próprios, visto que alegam e buscam combater eventual e suposta omissão e contradição no acórdão proferido pela Segunda Câmara, nos autos da Denúncia, conforme dispõe o art. 342 do RITCEMG.

Por tais motivos, admito o presente recurso.

II.2 – Mérito

II. 2. 1 – Da possível omissão quanto ao fato da proposta da empresa Toppus ter sido desclassificada por não atendimento às exigências do ato convocatório

Em síntese, os embargantes sustentaram que o acórdão, anexado à peça nº 43 dos autos principais, que julgou parcialmente a Denúncia nº 1.110.146, teria sido omissa e contraditória em relação ao fato de a empresa Toppus Serviços Terceirizados Eireli ter sido desclassificada

por não atendimento às exigências do ato convocatório da licitação, nos termos do art. 48, I, da Lei nº 8.666/93.

Afirmaram que a desclassificação da referida empresa foi baseada na alteração da proposta após a entrega dos envelopes, nesses termos (peça nº 2 do SGAP):

“De plano, verificamos que a recorrente apresentou na peça recursal os mesmos argumentos que já haviam sido apresentados nas contrarrazões.

No que tange às novas planilhas de composição de custo apresentadas pela recorrente, restou comprovado que procederam com as alterações de percentuais inerentes aos tributos, custos indiretos, lucro, FGTS das rescisões, bem como incluíram o valor de uniforme para cada cargo, no entanto, entendemos que esse tipo de procedimento não pode ocorrer neste momento, que só é possível a correção de erro material na planilha, o que não é o caso do procedimento em tela.”

Sustentaram terem agido corretamente e com coerência, uma vez que haviam ocorrido perguntas sobre a necessidade ou não de preenchimento dos itens constantes do módulo 5 – Insumos Diversos do Edital e que, conforme determinado no art. 44, § 3º, da Lei n. 8.666/93, o Município não prefixou cada item, mas determinou que a licitante o fizesse de acordo com seus preços.

Concluíram que a desclassificação se deu com base no art. 48, I, da Lei nº 8.999/93, requerendo o esclarecimento sobre o fundamento, pois (peça nº 2 do SGAP):

“a defesa demonstrou que a desclassificação se deu, pois, a empresa Toppus não preencheu o módulo 5 do edital de modo correto, tendo inclusive mediante contrarrazões recursais admitido o erro e apresentado novas planilhas com os itens preenchidos, momento em que não era mais possível aceitar as novas planilhas, pois não era correção de erros materiais, mas sim alteração substancial”.

Ocorre, porém, que, nos termos da fundamentação disposta no acórdão recorrido, o Ofício nº 1442/2021 – SMAFAPTCS (fls. 1.290/1.292, peça nº 21 do SGAP, do autos principais), subscrito pelo Secretário Municipal de Fazenda, Administração, Planejamento, Tecnologia e Comunicação Social, Sr. Rafael Olavo de Carvalho, restou demonstrado que a empresa Toppus Serviços Terceirizados Eireli foi desclassificada do certame sob o fundamento de apresentação de proposta inexecutável, uma vez que a licitante não cotou as planilhas de custo e formação de preços do uniforme para os empregados, apresentou zerado o “módulo 5 – Insumos Diversos”, bem como percentuais praticamente zerados o “módulos 3 – Provisão para Rescisão e 4 – Custo e Reposição do Profissional Ausente” e valores irrisórios para Custos Indiretos e Lucros.

Além disso, o edital do Processo Licitatório nº 070/2021, Pregão Presencial nº 016/2021, Registro de Preços nº 029/2021, assim prevê em sua cláusula 9.2 do edital:

9.2. Serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços manifestamente inexecutáveis, consoante o art. 48, inciso II da Lei Federal n. 8.666/1993.

Nesse sentido, nos termos da manifestação da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (peça nº 39 do SGAP, autos principais), o que se extrai do procedimento licitatório é que diante das incongruências entre as planilhas de custos indiretos e lucro da empresa e as planilhas do Termo de Referência do edital, a Comissão Permanente de Licitação julgou ser inexecutável a proposta apresentada pela licitante.

Acerca da exclusão de propostas por inexecuibilidade, Marçal Justen Filho¹ assim leciona:

A Administração não pode ignorar as regras legais e editalícias, admitindo como válidas propostas que se configurem como inexequíveis. Antes de tudo, a Administração tem de respeitar o ato convocatório. Se houve explícita referência à inexecuibilidade e sobre critérios de desclassificação correspondentes, a Administração não pode ignorar o conteúdo das próprias exigências – especialmente porque uma parcela dos licitantes pode ter respeitado lealmente a disciplina do ato convocatório, não sendo admissível a lesão a seus interesses como decorrência de sua honestidade.

Os arts. 44, § 3.º, e 48, II e §§ 1.º e 2.º, devem ser interpretados no sentido de que a formulação de proposta de valor reduzido exige avaliação cuidadosa por parte da Administração. A evidência de prática de valor irrisório deve conduzir a formulação de diligências, destinadas a apurar a viabilidade da execução, inclusive com a verificação de outros dados no âmbito do licitante.

[...]

No entanto, deve-se ter em vista que a inexecuibilidade apenas deve ser pronunciada quando se evidenciar risco à efetiva viabilidade de execução do contrato. Vale dizer, se uma proposta de valor irrisório for plenamente executável por um particular, não estará em jogo dito interesse. A proposta não deverá ser excluída do certame.

Por todo o exposto, verifico que o acórdão embargado não está eivado por omissão ou contradição que mereça ser reparada em sede de Embargos de Declaração, uma vez que os argumentos dos embargantes foram devidamente apreciados na sessão da Segunda Câmara do dia 07/3/2023, ocasião em que restou decidido, por unanimidade, a procedência parcial da Denúncia nº 1.110.146, confirmando a irregularidade da desclassificação da empresa Toppus Serviços Terceirizados Eireli com fundamento na inexecuibilidade da proposta.

Assim, noto que os embargantes buscam, na verdade, a rediscussão da matéria devidamente apreciada, fundamentada e decidida na decisão proferida nos autos da Denúncia nº 1.110.146, não sendo os Embargos, entretanto, meio processual adequado para tal fim.

Em síntese, por não observar efetiva omissão alegada no acórdão embargado, entendo que não deve prosperar a alegação dos embargantes.

II. 2. 2 – Do respeito ao contraditório e da ampla defesa

Os embargantes afirmaram a contradição no julgamento da Denúncia nº 1.110.146, no que tange a desclassificação da empresa Toppus Serviços Terceirizados Eireli, com base no art. 48, II, da Lei nº 8.666/93. Sustentaram que:

“não há que se falar em abertura de prazo para a licitante apresentar a viabilidade de sua proposta, esta exigência se aplica apenas na hipótese de desclassificação por proposta tida como inexequível, o que não correu nos presentes autos, quando a proposta foi apresentada por estar em desconformidade com os itens editalícios”.

Pois bem.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. – São Paulo: Dialética, 2014, p. 871.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a decisão recorrida foi clara ao dispor acerca da ausência de oportunidade de demonstração da exequibilidade da proposta por parte do licitante, matéria sumulada no Tribunal de Contas da União, vejamos:

Súmula nº 262 do TCU

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Nesse sentido, a garantia ao licitante de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, bem como a sua capacidade de fornecer os bens ou executar os serviços de acordo com os critérios exigidos no edital licitatório, implica no contraditório e ampla defesa.

Diante de tal contexto, e, atrelado à fundamentação exposta no item anterior, entendo que restaram bem delineados os fatos e fundamentos que compõem a matriz de responsabilização que justificou e deu lastro à penalidade de multa aplicada aos servidores, uma vez que a desclassificação da licitação por inexequibilidade, sem oportunizar à licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta, implica grave infração à norma legal e impõe a negativa de provimento dos Embargos.

II. 2. 3 – Da ausência de demonstração de dolo ou erro grosseiro

Em síntese, os embargantes sustentaram a ausência de especificação das multas aplicadas aos servidores públicos, bem como ausência de dolo e erro grosseiro por parte dos agentes públicos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro condiciona a responsabilização à prática de ato mediante dolo ou erro grosseiro, segundo o disposto no art. 28, *ipsis litteris*:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

No caso em epígrafe, conforme destacado na decisão embargada, foram apontados como responsáveis o Senhor Rafael Olavo de Carvalho, Secretário Municipal de Fazenda, Administração, Planejamento, Tecnologia e Comunicação Social, e o Senhor Itamar Cota Pimentel, Consultor de Licitações e Compras, diante da desclassificação da Empresa Toppus, consubstanciada nos pareceres anexados à peça nº 21 do SGAP (processo principal). Apontou-se, ainda, como responsável, a Sra. Adélia Figueiredo Carvalho, Pregoeira do Município de Sete Lagoas e subscritora da Ata de Abertura e Julgamento – Subsequente do Pregão Presencial nº 016/2021 (fls. 1.408/1.409, peça nº 21 dos autos principais), haja vista a sua responsabilização pela condução do certame. Ademais, na decisão embargada, esclarece-se que o erro grosseiro se deu em razão da prática de ato com grave infração a norma legal.

Por todo o exposto, verifico que o acórdão embargado não está eivado por omissão que mereça ser reparada em sede de Embargos de Declaração, uma vez que os fundamentos utilizados pelos embargantes foram devidamente apreciados na sessão da Segunda Câmara do dia 07/3/2023, ocasião em que restou proferido acórdão cujas conclusões guardaram ampla pertinência com os fatos, com os apontamentos e com os fundamentos de direito analisados na Denúncia n. 1.110.146.

Em verdade, noto que os embargantes buscaram a rediscussão do mérito das matérias devidamente apreciadas, fundamentadas e decididas no âmbito do referido processo originário, não sendo os Embargos de Declaração, entretanto, o meio processual adequado para tal fim.

Assim sendo, por não observar a efetiva omissão alegada no acórdão combatido, entendo que deve ser negado provimento aos presentes Embargos de Declaração.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, em exame do mérito, **nego provimento aos Embargos de Declaração**, por não vislumbrar omissão ou contradição na decisão embargada, mas sim intenção dos embargantes de rediscutir pontos que já foram objetiva e satisfatoriamente abordados na referida decisão colegiada.

Intimem-se os embargantes, nos termos do art. 166, II e §1º, I, do Regimento Interno.

Cumpridas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, com fulcro no art. 176, I da Resolução nº 12/2008.

É como voto.

* * * * *