

TC – 036.829/2011-0

Tipo: Prestação de contas – Exercício 2010 (recurso de reconsideração).

Unidade jurisdicionada: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão.

Recorrente: Alberto Carlos Malheiros Carvalho (CPF: 253.696.523-68) e Vespasiano de Abreu da Hora (CPF 080.887.643-00)

Advogados: Clauzer Mendes Castro Pinheiro (OAB/MA 8.261), Felipe José Nunes Rocha (OAB/MA 7.977), José Guilherme Carvalho Zagallo (OAB/MA 4.059. Procurações constantes das peças 85 e 115.

Interessado em sustentação oral: não há.

Sumário: Prestação de contas. Diversas irregularidades em licitações e contratações. Irregularidade das contas. Multa. Recurso de reconsideração. Conhecimento. Simulação de coleta de preços para justificar valor de mercado. Desclassificação indevida de licitantes. Fraudes no processo de dispensa de licitação. Cláusula restritiva ao caráter competitivo do certame. Desclassificação indevida de propostas. Favorecimento a licitantes. Descumprimento dos parâmetros fixados pela lei complementar 123/2006 para participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte. Não Provimento.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de recursos de reconsideração interpostos por Alberto Carlos Malheiros Carvalho, ex-chefe da Divisão de Compras, ex-presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL) e ex-pregoeiro do Campus São Luís – Maracanã do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão-IFMA (Peças 133 e 134) e Vespasiano de Abreu da Hora, ex-diretor-geral do Campus São Luís - Maracanã (peça 114), contra o Acórdão 6670/2015 – TCU – Segunda Câmara (peça 100), proferido na Sessão de 8/9/2015, Ata 31/2015, com o seguinte teor:

9.1. excluir da relação processual o Sr. Erivaldo Plínio Borges da Costa (104.764.402-97);

9.2. com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso I, 17 e 23, inciso I, da Lei 8.443/1992, julgar regulares, dando-lhes quitação plena, as contas dos(as) senhores(as): José Ferreira Costa (075.188.973-34), Francisco Roberto Brandão Ferreira (253.321.473-68), Marise Piedade Carvalho (095.036.923-34), Fernando Antonio Carvalho de Lima (254.501.743-49), Fábio Lustosa Souza (407.949.543-91), Humberto Arruda Guimarães (428.440.023-15), Samia Costa

da Silva (743.236.443-53), Juariedson Lobato Belo (799.759.763-87), Francisco Albuquerque Bastos (252.112.343-91), Cláudia Cristina Colins Pereira (438.096.933-91), Reinouds Lima Silva (729.149.633-00), Lairton José Gomes da Silva (664.830.773-00), Emilia Maria Veloso Coaracy (355.093.413-00), Valdomir Araújo de Carvalho (879.355.203-30), Ronald Ribeiro Correa (279.506.623-87), Arcenildo da Silva Nascimento (215.770.723-91), Denise Boguea Soares (333.972.101-78), Luis Maciel Batista Serra (226.116.653-20), José Cardoso de Souza Filho (062.320.138-08), Sebastião Laerte Santos (780.764.554-72), Francisco Alberto Gonçalves Filho (257.494.203-53), Júlio César Nascimento Souza (298.234.042- 91), Lucimeire Amorim Castro (376.119.173- 15), Antonio do Espírito Santo Paixão (055.000.103-44), Altiva Mary Seguins Ribeiro (148.444.513- 91), Ivaldo José da Silva (389.738.124-91), Anselmo Alves Neto (621.202.713-72), Locília de Jesus Silva Costa (288.697.453-68), João Batista Macedo Sandes Sobrinho (128.772.203- 20), Carlos Antonio Barbosa Firmino (239.737.816-72), Marcos Reges Reis Ribeiro (417.908.473-20) e José Hilton Gomes Rangel (601.052.914-04);

9.3. com fundamento na Lei 8.443/1992, arts. 1º, inciso I, 16, inciso III, alínea “b”, 19 e 23, inciso III, julgar irregulares as contas do senhor Vespasiano de Abreu da Hora (080.887.643-00);

9.4. aplicar ao senhor Vespasiano de Abreu da Hora (080.887.643-00) a multa prevista no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso I, do Regimento Interno, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar da notificação, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.5. aplicar ao senhor Alberto Carlos Malheiros Carvalho (253.696.523-68) a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso II, do Regimento Interno, no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), com a fixação do prazo de quinze dias, a contar das notificações, para comprovar, perante o Tribunal (art. 214, inciso III, alínea “a”, do Regimento Interno/TCU), o recolhimento da dívida aos cofres do Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data deste acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor;

9.6. autorizar, desde logo, nos termos do art. 28, inciso II, da Lei 8.443/1992, a cobrança judicial das dívidas caso não atendidas as notificações;

9.7. autorizar, desde logo, caso solicitado e o processo não tenha sido remetido para cobrança judicial, o pagamento da dívida em até 36 parcelas mensais e consecutivas, nos termos do art. 26 da Lei 8.443/1992, c/c art. 217 do Regimento Interno/TCU, fixando-se o vencimento da primeira parcela em 15 dias, a contar do recebimento da notificação, e os das demais a cada 30 dias, devendo incidir sobre cada valor mensal os correspondentes acréscimos legais, na forma prevista na legislação em vigor;

9.8. determinar ao IFMA, na forma da lei e no âmbito de suas competências, caso não atendidas as notificações e/ou não cumpridas as obrigações, que adote providências para o desconto do valor das multas aplicadas aos senhores Vespasiano de Abreu da Hora e Alberto Carlos Malheiros Carvalho da remuneração desses servidores;

9.9. determinar ao IFMA que informe, no relatório de gestão referente ao exercício 2015, os resultados das medidas adotadas para cumprimento das recomendações consignadas pelo órgão de controle interno no Relatório de Auditoria de Gestão 201108780 (prestação de contas do

exercício de 2010), mormente no que tange à apuração de responsabilidade por irregularidades potencialmente danosas aos cofres públicos;

9.10. encaminhar cópia desta deliberação, bem como do relatório e do voto que a fundamentam, ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão, nos termos do § 3º do art. 16 da Lei 8.443/1992, para adoção das medidas que entender cabíveis

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de processo de contas anuais do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão (IFMA), relativo ao exercício de 2010, organizado de forma individual, conforme classificação constante do art. 5º da Instrução Normativa – TCU 63/2010 e do anexo I da Decisão Normativa - TCU 107/2010, alterada pela DN 110/2010.

2.1. Após análise da unidade técnica, com algumas discordâncias do representante do Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), as irregularidades enfrentadas nos autos e que deram ensejo à condenação dos ora recorrentes foram:

- a) fraudes nos processos de dispensa de licitação 02/2010, 03/2010, 06/2010 e 12/2010;
- b) desclassificação contumaz de licitantes por descumprimento de prazo em pregões eletrônicos;
- c) desclassificação indevida de licitante por apresentar proposta com valor considerado inexequível, no Pregão Eletrônico 31/2010;
- d) cancelamentos reiterados de itens nos Pregões Eletrônicos 06/2010, 10/2010, 11/2010, 30/2010 e 44/2010, por fundamentação genérica, sem a devida motivação do ato;
- e) favorecimento a licitantes nos Pregões Eletrônicos 15/2010, 40/2010, 43/2010, 52/2010 e 66/2010;
- f) realização de pregões eletrônicos fora dos parâmetros legais referentes à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;
- g) inserção de itens não previstos no edital do Pregão Eletrônico 06/2.

2.2. O Tribunal, após análise das razões de justificativa apresentadas, decidiu, por meio do Acórdão 6670 – TCU – Segunda Câmara (peça 100), julgar irregulares as contas do senhor Vespasiano de Abreu da Hora, além de aplicar-lhe multa, juntamente com o Sr. Alberto Carlos Malheiros Carvalho, na forma transcrita na introdução acima.

2.3. Não satisfeito com o julgado, o responsável Alberto Carlos Malheiros Carvalho opôs inicialmente embargos de declaração, rejeitados pelo Acórdão 1460/2016-2ª Câmara (peça 119), e interpôs posteriormente, juntamente com o Sr. Vespasiano de Abreu da Hora, recurso de reconsideração, ora em análise, requerendo que seja reformada a decisão exarada no Acórdão 6670/2015-TCU-2ª Câmara (peças 114, 133 e 134).

ADMISSIBILIDADE

3. Reiteram-se os exames preliminares de admissibilidade (peças 128 e 139), ratificados pelo Exmo. Sr. Ministro-Relator (peças 132 e 141), que concluiu pelo conhecimento dos recursos, suspendendo-se os efeitos dos subitens 9.5, 9.6 e 9.8 do Acórdão 6670/2015 – 2ª Câmara, em relação ao Sr. Alberto Carlos Malheiros Carvalho, e subitens 9.3, 9.4, 9.6 e 9.8 em relação ao Sr.

Vespasiano de Abreu da Hora, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie.

MÉRITO

4. Delimitação

4.1. Constituem objetos dos recursos verificar as seguintes questões:

- a) se houve fraude nos processos de dispensa (peça 133, p. 1-11);
- b) se houve irregularidade na desclassificação de empresas por descumprimento de prazo (peça 133, p. 11-14);
- c) se houve desclassificação indevida pela suposta proposta com valor inexequível;
- d) se houve irregularidades no cancelamento reiterado de itens constante do certame;
- e) se houve favorecimento a empresas licitantes (peça 17-23);
- f) se houve favorecimento indevido a empresa de pequeno porte-EPP e microempresas-ME (peça 23-26);
- g) se houve irregularidade na inserção de itens não contidos no edital (peça 133, p. 26-27);
- h) se o ordenador de despesa, na qualidade de diretor geral do IFMA, deve ser responsabilizado (peça 114).

5. Da fraude nos processos de dispensa de licitação (peças)

5.1. O recorrente, Sr. Alberto Carlos Malheiros, entende pela regularidade nos processos de dispensa de licitação, tendo em vista os seguintes argumentos:

- a) não há elementos probatórios capazes de inferir de forma definitiva que as supostas fraudes teriam sido perpetradas por ele;
- b) ao analisar o processo de dispensa de licitação nº 2/2010, observa-se que as propostas fraudulentas foram encaminhadas ao então coordenador da Coordenação de Serviços de Apoio - CSA, órgão vinculado ao Departamento de Administração e Planejamento - DAP, Sr. João Reis Corrêa. Aas consultas de regularidade junto ao Sicaf (Sistema de Cadastro de Fornecedores), foram realizadas nas senhas ou do Sr. João Correia ou da Sra. Lucimeire Amorim Castro;
- c) existem provas testemunhais de membro da CPL afirmando que a comissão apenas dava encaminhamento/formalização às pesquisas de preços, e que essas pesquisas geralmente eram feitas por algum setor do DAP, órgão do qual o CSA faz parte. Que em relação às compras, os setores necessitados demandavam ao DAP que, por sua vez, formaliza os respectivos procedimentos e realizavam as pesquisas de preços (quando era o caso). Somente depois eram encaminhados à CPL;
- d) aliado a ausência de pessoal, tais dispensas de licitação se deram já no final do exercício financeiro de 2009, incorrendo num acúmulo de procedimentos licitatórios, conforme manifestação do gestor do IFMA São Luís-Maracanã;
- e) a coleta de propostas, convites e escolhas das empresas participantes dos processos licitatórios não eram realizados pelo recorrente, mas pelo DAP, por meio do coordenador do CSA, Sr. João Reis Corrêa. O recorrente apenas recebia as propostas e avaliava o menor preço para

anunciar o vencedor.

f) as autorizações de todas as dispensas de licitação foram assinadas e homologadas não pelo recorrente como presidente da CPL, mas sim pelo próprio Vespasiano da Hora na qualidade de diretor geral do IFMA-Maraacanã;

g) a declaração do representante da empresa VCR Comercio Serviços e Representações Ltda. de que não se recorda de ter emitido proposta de preço na dispensa de licitação 03/2010 não é capaz, por si só, de imputar qualquer responsabilidade exclusivamente ao recorrente na medida em que não consta nos autos prova de que o mesmo tenha sido o autor da suposta confecção fraudulenta da referida proposta de preço;

h) se houve responsabilidade do recorrente nos procedimentos de dispensa seria apenas na culpa *in vigilando* na medida em que deixou de observar as fraudes produzidas por terceiros, o que não justifica, portanto, sua condenação em tão vultosa multa. Contudo, a situação do IFMA, assoberbada e sem servidores suficientes sequer para comporem a CPL, justifica a desatenção do recorrente quanto às irregularidades acima apontadas;

i) a declaração do Sr. Ademir Rios dos Santos, sócio da empresa Servemtec, de que teria realizado negociação dos serviços contratados com o recorrente não é motivo suficiente para configurar fraude perpetrada pelo recorrente;

j) se nenhuma das empresas participantes do procedimento licitatório tinha autorização da Anvisa para promover o comércio de medicamentos, não pode o relator do acórdão vergastado afirmar que houve favorecimento à empresa vencedora do certame;

k) ainda que se admita o erro formal na contratação da empresa vencedora da dispensa de licitação 12/2010, tal erro não prejudicou de sobremaneira o interesse público, seja porque os medicamentos foram devidamente fornecidos, todos dentro do prazo de validade e sem causar nenhum dano a incolumidade física dos que se utilizaram dos medicamentos e produtos fornecidos pela empresa vencedora do certame, seja porque no fim das contas houve vantagem financeira a instituição do IFMA-Maraacanã ao contratar a L C Licar, por ter oferecido o menor preço do certame, em favorecimento ao orçamento da União Federal;

l) não ficou provado no relatório da CGU ou em nenhum momento dos autos virtuais que os medicamentos e produtos fornecidos pela empresa vencedora da dispensa de licitação 12/2010 tenha causado qualquer prejuízo à administração pública, seja pela saúde dos que se utilizaram dos medicamentos, seja pelo benefício aos cofres públicos;

m) o recorrente já se manifestou noutras ocasiões pondo à disposição deste TCU e de qualquer órgão julgador ou jurisdicional o sigilo bancário de suas contas pessoais. E reitera tal posição de abrir mão da sua garantia constitucional de sigilo bancário e fiscal visando a apuração dos fatos aqui julgados;

n) nenhum procedimento licitatório era concluído sem que o recorrente obtivesse o aval do seu superior hierárquico - Vespasiano da Hora, este sim o verdadeiro responsável pelas irregularidades aqui encontradas;

Análise

5.2 Foram encontrados elementos probatórios de diversas irregularidades em diferentes processos de dispensa de licitação. No processo de dispensa nº 2/2010, por exemplo, que teve como

objeto a contratação de empresa para instalação da rede lógica no prédio de administração do Campus São Luís Maracanã, existiram três propostas de preços, das quais duas estavam com valor acima do estabelecido para a contratação direta por dispensa. Foi constatado que as propostas de preços eram inverídicas, apontando simulação de coleta de preços, pois as propostas foram confeccionadas com o fim de dar uma fictícia base legal ao processo de dispensa. Nessa linha, os representantes das empresas que ofertaram as supostas propostas de preços declararam não ser de suas autorias as propostas acostadas ao processo licitatório, o que conduz à simulação de coleta de preços (Peças 1, p. 123; 43, p. 32-35 e 59-62).

5.3 Situação semelhante também foi verificada nos processos de dispensa 3/2010 e 6/2010. Convém destacar que foi o presidente da comissão, Sr. Alberto Carlos Malheiros Carvalho, quem elaborou os editais. Na mesma data houve a aprovação dos procedimentos adotados e a ratificação, pelo Sr. Vespasiano de Abreu da Hora, da contratação da empresa declarada vencedora. Nestes processos de contratação direta, identificou-se que as propostas de preço acostadas aos autos foram confeccionadas em período anterior à solicitação de abertura do processo para contratação dos serviços e da elaboração do edital da dispensa (peças 1, p. 125; 43, p. 32-35 e 59-62). Sobre esse aspecto, nenhuma justificativa foi apresentada pelos recorrentes.

5.4 Ademais, também foram identificadas como falsas as propostas de preço que embasaram os processos de dispensa 3/2010 e 6/2010, uma vez que representantes das empresas constantes como participantes do certame afirmaram que não haviam emitido as referidas propostas de preços que embasaram o processo de dispensa (peça 44, p. 2; 4).

5.5 Sobre as pesquisas de preços, ainda que tais pesquisas tivessem sido executadas por outro setor que não pela comissão, caberia à CPL, a quem compete receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes, constatar vícios de fácil percepção, tais como as propostas de preços terem sido elaboradas antes da solicitação de abertura do processo licitatório e da elaboração do edital da dispensa, o que, no mínimo, configura uma situação atípica e estranha ao processo licitatório, ainda mais quando se observa tal conduta em diferentes certames, tais como 06/2010 e 03/2010. Destaque-se que erro evidente ou manifesto pode e deve ser combatido. Escusas de natureza genérica não tem o condão de afastar a responsabilidade do pregoeiro.

5.6 Em relação ao processo de dispensa nº 12/2010, por exemplo, os fatos evidenciam o favorecimento à L C Licar, haja vista a ausência de qualificação técnica dessa empresa para participar do certame em apreço. Foram inseridos no processo de dispensa propostas de preços de três empresas que não estavam aptas a fornecer os produtos objeto da dispensa de licitação, uma vez que não possuíam atividades relacionadas ao comércio de medicamentos, insumos farmacêuticos e, por consequência, não estavam autorizadas pela Anvisa para o exercício de tais atividades (peça 42, p. 21).

5.7 Ora, o processo de dispensa nº 12/2010 teve como objeto a contratação de empresa para fornecimento de medicamento para o ambulatório médico do IFMA. Não é razoável que o presidente da comissão tenha adjudicado o objeto da licitação a uma empresa que não era do ramo de medicamentos e insumos farmacêuticos e que não tinha autorização da Anvisa para atuar na área correlata.

5.8 Em consonância com art. 5º, inciso II, da Portaria GM nº 2.814/1998 do Ministério da Saúde, a exigência de habilitação legal de empresas que se propõem a comercializar esse tipo de

produto é procedimento prévio fundamental para a contratação com a administração pública.

5.9 A aquisição de medicamento por empresas não autorizadas legalmente, propicia a aquisição de medicamentos falsos, adulterados, de origem duvidosa ou deteriorado por falha no armazenamento ou transporte, entre outras irregularidades, na medida em que envolve estabelecimentos sem prévio credenciamento pela Anvisa e por órgãos congêneres estaduais. Tal atitude por parte da comissão de licitação colocou em risco a saúde dos usuários desses medicamentos, uma vez que foi contratada empresa a qual não está autorizada pelos órgãos competentes para comercializar medicamentos.

5.10 O processo de dispensa de licitação, em que pese quebrar a rigidez do processo licitatório, não pode servir de pretexto para desrespeitar os princípios de moralidade e da isonomia. Embora seja facultado ao administrador, em alguns casos, optar pela dispensa da licitação, todos os atos devem observar os princípios fundamentais da administração pública, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação.

5.11 Impende registrar que nos casos de dispensa deve a administração demonstrar as vantagens obtidas com esta opção, bem como justificar o preço, vez que este deve ser compatível com o de mercado. Tal procedimento não foi identificado nos presentes autos.

5.12 Conforme preconiza o art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993, em regra, os membros da CPL respondem solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão, o que não ocorreu.

5.13 Nesse sentido, a jurisprudência deste Tribunal já sinalizou que o seguimento do certame sem requisitos mínimos para o seu andamento pode acarretar a responsabilização dos membros da CPL, conforme Acórdão 310/2011-Plenário:

10. Efetivamente não compete à comissão de licitação a elaboração ou a retificação de projeto básico. Todavia não é possível admitir que a comissão adote a postura passiva de dar encaminhamento ao procedimento licitatório, especialmente promovendo o julgamento das propostas, sem a presença de todos os elementos exigidos pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

5.14 O mesmo ocorre no caso de negligência da CPL no exercício de suas funções, conforme dispõe o Acórdão 1456/2011-Plenário:

27. De fato, restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção.

Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato.

5.15 Ao se identificar nos autos diversas irregularidades de fácil detecção, tais como montagem de propostas de preços, fraude documental, escolha de empresa não pertencente ao ramo do objeto, entre outras, que causaram graves prejuízos aos princípios da legalidade, impessoalidade,

moralidade, isonomia e, por consequência, comprometeram a escolha da proposta mais vantajosa para a administração, era esperado da comissão e do pregoeiro que não desse seguimento aos certames.

5.16 Não merecem prosperar as alegações aqui analisadas. Com efeito, devia o recorrente ter agido com mais acurácia na análise da documentação e na obediência aos ditames normativos e legais que regem o processo licitatório. Diante das ocorrências, era de esperar que ele, adotasse providências no sentido de questionar as diversas irregularidades apontadas.

6. Da desclassificação por descumprimento de prazo

6.1 O recorrente Alberto Carlos Malheiros Carvalho entende que não houve irregularidade na desclassificação de empresas participantes do certame, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) o prazo de uma hora para entrega das propostas de preço ajustado e demais documentações foi devidamente aceito por todas as empresas que participaram dos pregões eletrônicos questionados no relatório da CGU. Da mesma forma, o meio pelo qual as empresas vencedoras deveriam encaminhar as documentações para validar o pregão também se encontrava previsto no edital de convocação para os pregões;

b) não é justo nem razoável penalizar o pregoeiro quando as empresas participantes jamais formalizaram pedido de recurso contra o prazo fornecido ou contra o meio de comunicação estabelecido para instrumentalizar as propostas e preço;

c) se, por um lado, a desclassificação de empresas pelo pregoeiro pode ser considerada desarrazoada por conta do tempo praticado nos pregões do IFMA-Maraçaná (porém, devidamente acatados pelos participantes), por outro, conceder mais prazo aos primeiros lugares demonstraria também uma prática absolutamente injusta e desarrazoada contra os demais participantes do pregão, que ainda estavam concorrendo enquanto não encerrado o pregão;

d) mesmo que a proposta vencedora fosse mais vantajosa à administração pública, o pregoeiro deve balizar-se também sob o princípio da igualdade, segundo o qual todos devem concorrer nas mesmas condições, com iguais oportunidades. Conceder maior prazo para uma empresa, em detrimento das demais, também configuraria favorecimento ilícito, já que o pregoeiro iria tratar os iguais de forma desigual;

e) não pode o servidor público, sob o pressuposto de beneficiar as finanças da administração pública, prejudicar os demais participantes do pregão eletrônico, na medida em que todos ingressaram no certame sob as mesmas condições, com regras iguais para todos;

f) quando efetivamente havia falha nas transmissões de propostas para todos os participantes, o pregoeiro abria a entrega das propostas por outros meios de comunicação (via e-mail, por exemplo), bem como, em diversas ocasiões, concedia prorrogação de prazo, em caráter excepcional, em face de eventuais congestionamentos nos meios escolhidos;

g) não há que se falar em direcionamento para uma empresa em particular, mas simples descumprimento - pelas empresas - dos prazos estabelecidos em Edital, uma vez que as empresas desclassificadas deveriam ter se organizado com o fim de apresentar os documentos em tempo hábil;

h) o alegado potencial prejuízo constante no relatório da CGU é completamente despicienda, já que o parâmetro legal para se apurar prejuízo está no orçamento produzido pelo

órgão público, e não as eventuais diferenças entre propostas vencedoras e perdedoras. Porém, houve casos em que não foram inseridos no processo licitatório a pesquisa de preço (peça 1, p. 189);

i) a desclassificação por descumprimento de prazo da melhor proposta ocorrido no pregão 52/2010, por exemplo, era uma prática legal pois o edital determinava as regras que são previamente aceitas pelos candidatos;

j) ou seja, se o prazo de envio é de uma hora, aceitar uma proposta enviada vinte e quatro minutos após o término do prazo acarretaria num tratamento desigual às empresas licitantes, em total afronta a garantia constitucional da isonomia;

k) se o pregoeiro aceitasse a proposta da primeira colocada mesmo após decorrido o prazo estabelecido em edital (60 minutos), não haveria dúvidas de que o segundo e demais colocados do certame ingressariam com recurso administrativo, e se não vencessem administrativamente certamente venceriam judicialmente, acarretando um grave prejuízo de tempo e impossibilidade de aquisição dos materiais pregoados;

l) não bastasse o transcurso do lapso temporal, temos ainda que, no caso de pregão 52/2010, por exemplo, a empresa que fez a melhor proposta enviou a proposta em formato XML, incompatível com os programas que o pregoeiro detinha para leitura. Portanto, foi a empresa, e não o pregoeiro, que contribuiu para sua desclassificação no certame;

m) o relatório da CGU faz uma análise parcial dos fatos ao comparar a atuação do pregoeiro no pregão 52/2010 com o pregão nº 51/2010, quando o pregoeiro foi tolerante com a empresa Universo da Informática Ltda., em problema semelhante com o transcurso do prazo. No pregão 51/2010 o pregoeiro escreveu no Comprasnet para que o representante da empresa reenviasse proposta em formato word comum e também ao e-mail do pregoeiro. Ocorre que o relatório deixou de mencionar que, no caso do Pregão nº 51/2010, utilizado como paradigma, a empresa vencedora ainda estava dentro do seu prazo de uma hora para envio da proposta. Por isso que o pregoeiro solicitou o envio da proposta em formato adequado.

Análise

6.2 Os pregões eletrônicos analisados apresentavam cláusula estabelecendo que o licitante detentor da oferta vencedora deveria remeter, no prazo máximo de uma hora, exclusivamente por meio de fax, a proposta de preço ajustada em conformidade com o melhor lance eventualmente formulado, sob pena de recusa.

6.3 Diante de tal exigência, que muitas vezes se mostrava inviável para os licitantes vencedores que ofertaram as melhores propostas de preço, o pregoeiro continuamente os desclassificavam por motivo irrelevante, descumprimento de prazo, possibilitando a adjudicação do objeto a empresas que ofertavam preços mais elevados.

6.4 A cláusula contida no edital exigindo o envio da proposta ajustada num prazo de uma hora, e unicamente por meio de um único fax, é patentemente descabida, impertinente e desarrazoada. O pregoeiro não agiu com prudência, razoabilidade ou zelo com a coisa pública ao prevê tal cláusula restritiva e aplica-la no certame, uma vez que se constitui num formalismo exagerado que não atende ao interesse público, além de acarretar prejuízo ao IFMA.

6.5 É jurisprudência pacífica dessa Corte que o formalismo excessivo no processo licitatório é ato contrário ao interesse público, a exemplo do Acórdão 3.381/2013-TCU-Plenário,

especialmente quando se trata da eliminação da proposta mais econômica para a administração.

6.6 Por ser tal exigência desarrazoada e não relevante para o certame e seu objeto, identifica-se potencialmente restrição à competitividade da licitação. Ao permitir essa exigência desnecessária e burocrática, a licitação perde seu foco de buscar a proposta mais vantajosa para a administração.

6.7 O fato de o edital não ter sido impugnado não afasta o vício apontado. O vício não será superado somente porque os concorrentes não o identificaram ou não o impugnaram. A ausência de questionamento não elide a irregularidade apurada.

6.8 A exiguidade do tempo disponibilizado para apresentação das propostas ajustadas ao lance, prejudicou potencialmente os licitantes, constituindo inegavelmente restrição ao caráter competitivo do certame.

6.9 Diante do exposto, conclui-se que o presidente da comissão agiu com negligência, ao inserir cláusula abusiva no edital e com excesso de rigor formal, ao desclassificar as melhores propostas ofertadas, impedindo que a administração pudesse escolher a proposta mais vantajosa ao certame, o que contraria o interesse público.

7. Da desclassificação indevida por propostas com valor considerado inexequível

7.1 O recorrente Antonio Carlos Malheiros Carvalho entende que não houve irregularidade na desclassificação de empresas que ofertaram preço inexequível, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) o próprio relatório da CGU informa que o TCU entende ser possível a desclassificação sumária dos licitantes por inexecuibilidade de preço nos casos de evidente inexecuibilidade;

b) pelo próprio teor do entendimento do TCU - repise-se, transcrito no relatório da CGU - infere-se que a hipótese para desclassificação sumária - evidente inexecuibilidade - deixa a cargo exclusivo do pregoeiro a avaliação quanto às propostas inexequíveis, que tem como único parâmetro os orçamentos produzidos pelo IFMA-Maranã quando da realização dos pregões;

c) o valor referencial para aquela licitação era de R\$ 248.790,00(duzentos e quarenta e oito mil setecentos e noventa reais), enquanto que a proposta da empresa vencedora foi de R\$ 174.000,00(cento e setenta e quatro mil reais). Pelo exposto houve economia de R\$ 74.790,00 (setenta e quatro mil setecentos e noventa reais) aos cofres públicos;

d) não é correto afirmar que poderia ter havido economia maior aos cofres públicos caso o pregoeiro houvesse aprovado as propostas com menores preços, pois a discrepância dos valores fatalmente acarretaria insuficiência de recursos para conclusão do objeto do pregão, acarretando em novas licitações ou pagamento de verbas suplementares, onerando os cofres públicos;

e) a afirmação do relatório da CGU - o qual segue o relator do acórdão atacado - de que o valor de R\$139.990,00 (cento e trinta e nove mil novecentos e noventa reais) seria compatível com os valores de mercado (peça 01, p. 163) não vem acompanhado de qualquer documento comprobatório dos valores praticados no mercado. Ou seja, teremos que confiar na palavra do relator que, como o pregoeiro e ora recorrente, não é experto em atividades gráficas;

f) por exemplo, a avaliação da inexecuibilidade das propostas de preço do Pregão nº

31/2010 não se deram apenas com base no valor estimado. Há de se considerar que o valor referencial foi construído com base em estudo técnico e parâmetros de mercado, e foram também tais documentos que lastrearam a discricionariedade do pregoeiro em desclassificar as propostas extremamente abaixo do valor referencial;

g) a inexequibilidade das propostas teve base não apenas no valor em si, mas considerando o projeto básico construído pelo DAP para fundamentar o valor referencial. Era clara a inexequibilidade do objeto do contrato pelos valores tão reduzidos.

Análise

7.2 O critério definido na Súmula 262/2010 desta Corte de Contas, em consonância com o 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 ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

7.3 Logo, em conformidade com o Princípio Constitucional do Contraditório e da Ampla Defesa, a desclassificação depende da prévia concessão ao licitante da oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, uma vez que o licitante não pode ser penalizado sem antes ter a oportunidade de se defender.

7.4 No caso do pregão 31/2010, por exemplo, identifica-se desclassificação sumária de sete empresas até a adjudicação à empresa PSP Coelho. O pregoeiro não deu oportunidade para que os licitantes desclassificados por inexequibilidade de preços pudessem comprovar, segundo critérios técnicos, a viabilidade de execução do objeto do contrato, nem efetuou as diligências necessárias para decidir de forma embasada sobre as propostas apresentadas, em afronta ao art. 48, II, da Lei 8.666/1993. Tal atitude inviabilizou a contratação de empresas com oferta de preços mais vantajosas para administração, o que fere o princípio da economicidade e o interesse público.

7.5 Diante do exposto, as alegações aqui apresentadas não merecem guarida.

8. Do cancelamento reiterado de itens

8.1 O recorrente Antonio Carlos Malheiros Carvalho entende que não houve irregularidade no cancelamento de alguns itens inicialmente inseridos no processo licitatório, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) conforme memorando em anexo, todas as vezes em que um pregão possuía poucos licitantes, com baixo índice de lances, com eventual prejuízo à administração pública, tais situações eram imediatamente repassadas ao diretor do campus, que sempre determinava o prosseguimento do feito com cancelamento dos itens que não estavam com quantidade razoável de licitantes, ou cujos licitantes não apresentavam as propostas em tempo hábil;

b) sempre da necessidade de cancelamento de itens, a direção do campus era previamente comunicada e autorizava os cancelamentos para prosseguimento do feito. Logo, não há que se imputar responsabilidade ao recorrente, quando comunicados e autorizados pelo diretor de campus, Sr. Vespasiano da Hora;

c) tais cancelamento jamais tiveram o condão de beneficiar qualquer das empresas participantes das licitações. O relatório da CGU não aponta qual foi o prejuízo efetivo que a administração pública teve ao se promover tais cancelamentos;

d) os itens cancelados foram pregoados em momento posterior, abrindo-se nova oportunidade não apenas aos licitantes que outrora participaram do pregão cujos itens haviam sido cancelados, mas também outros novos licitantes, oportunizando uma maior concorrência na negociação dos itens pregoados;

e) o relatório da CGU aponta a economia que supostamente teria o erário público se fossem aprovadas as propostas vencedoras dos itens, mas não aponta a economia real que teve a administração pública com os posteriores pregões dos itens cancelados, nem consta nos autos virtuais quando e como foram os novos pregões.

Análise

8.2 O IFMA promoveu alguns pregões eletrônicos em que vários itens não foram adjudicados aos respectivos licitantes vencedores por terem sido cancelados pelo pregoeiro sob a justificativa de que tal ato seria praticado por interesse da administração.

8.3 Citando como exemplo o Pregão Eletrônico nº 30/2010, cujo objeto era a contratação de empresa especializada em fornecimento de materiais esportivos, dos 28 itens constantes do certame, nove (32% dos itens) foram cancelados pelo pregoeiro sob a justificativa de interesse da Administração. Frise-se que as propostas de preços efetuadas pela Roca Comércio Ltda. referentes aos nove itens cancelados foram aceitas normalmente pelo pregoeiro, porém, cerca de um mês após a aceitação das propostas, o pregoeiro oficial, Sr. Alberto Carlos Malheiros Carvalho, desclassificou propostas de itens de fornecedores sem observância da devida motivação do ato aos interessados (peça 1, p. 175).

8.4 Sobre o cancelamento de itens cabe pontuar que, os termos do art. 53 da Lei 9.784/1999, a Administração pode rever seus próprios atos, por motivo de conveniência e oportunidade. Ademais, o registro de preços não obriga os órgãos públicos a contratar, conforme disposto no art. 16 do Decreto 7.892/2013.

8.5 Porém, em respeito aos princípios da moralidade, transparência e contraditório, a motivação torna-se obrigatória na edição dos atos administrativos. A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do porquê daquele ato, além de ser um requisito formalístico do ato administrativo.

8.6 Ademais, a Lei nº 9784/1999, estabelece em seu artigo 50, incisos I e VIII que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

8.7 Em que pese estar no campo da discricionariedade administrativa, o cancelamento dos itens constantes do processo licitatório, caso não motivado, estará eivado de vício, pendendo à consequente invalidação. Ora, no ato discricionário o administrador possui uma margem de liberdade de atuação e, por ser gestor da coisa pública, deve explicação sobre os atos praticados, fazendo valer os princípios basilares da Constituição Federal, como a moralidade, a probidade administrativa e a publicidade, sempre que houver qualquer margem de liberdade na tomada de decisões. Do contrário, a discricionariedade se converteria em arbitrariedade.

8.8 No caso em questão, o ato de cancelamento de itens do processo licitatório está condizente quanto ao aspecto da legalidade, uma vez que é permitido ao administrador público,

fazê-lo. No entanto, sob o aspecto do mérito, observam-se falhas, pois não houve juízo de oportunidade e conveniência que justificasse a prática do ato, em desacordo com o art. 22, § 3º, do Decreto nº 5.450/2005 e com os princípios da impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e razoabilidade.

9. Do Favorecimento a licitantes

9.1. O recorrente, Sr. Alberto Carlos Malheiros Carvalho, entende que não houve favorecimento nos processos licitatórios analisados, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) não existe nos autos nenhuma norma jurídica apontada pelo relatório da CGU ou pelo acórdão atacado que o recorrente tenha violado. O que se mostram são meras conjecturas, suposições, sem nenhum lastro probatório claro da suposta fraude. E isso porque, afinal, jamais houve fraude ou favorecimento de qualquer espécie a qualquer das empresas que tenham participado dos pregões eletrônicos;

b) na p. 189 do Relatório da CGU (peça 01) constatou a CGU não ter sido demonstrado nos processos de poder da auditoria a existência de pesquisa de mercado para os produtos e serviços licitados. Vale salientar, entretanto, que tais pesquisas de mercado não era atribuição do pregoeiro, mas sim da Coordenação de Setor de Apoio - CSA, em conjunto com o Departamento de Apoio de Pessoal - DAP, coordenados respectivamente pelos servidores João Reis Corrêa e Lucimeire Amorim Castro;

c) se não há confiabilidade nas estimativas de preço estabelecidas para estas licitações, não se pode responsabilizar o pregoeiro por isso. Para tanto, importante lembrar trecho do depoimento do Sr. Eivaldo Plínio Borges da Costa, membro da CPL, ora juntado nos autos, que assim aduziu:

"Perguntado em relação a composição dos valores de referência do Pregão, respondem que os mesmos não eram elaborados pela CPL, mas sim pelo DAP. Que o termo de referência era feito na CPL. Entretanto, as pesquisas e até as planilhas já vinham prontas da DAP se o CSA e o DAP - responsáveis pelas coletas de preços e pesquisas de mercado - foram incompetentes para realizar a pesquisa de mercado em prejuízo à Administração Pública, a culpa não é desses setores ou de seus responsáveis, mas do pregoeiro que, acreditando se tratar de pesquisa séria e parametrizada com o mercado, acata propostas próximas do valor de referência.

Análise

9.1.2 Como demonstrado no relatório de auditoria anual de contas da CGU (Peça 1, p. 179-201), e em consonância com as citações ao recorrente, foi constatada a realização pregões eletrônicos emitidos pelo IFMA, os quais constatou-se favorecimento a empresas licitantes com flagrante violação aos princípios da isonomia, impessoalidade e da moralidade administrativa (peça 1, p. 181).

9.1.3 Ademais, não houve o procedimento prévio da pesquisa de preço necessária para se estimar o valor que serviria de parâmetro no certame licitatório, o que contraria o disposto nos arts. 7, § 2, II e 43, IV da lei 8.666/1993. Diante da ausência de tal pesquisa, os valores apresentados como termo de referência são de responsabilidade do ordenador de despesa e da comissão de licitação, uma vez que não há parâmetros para avaliar a pertinência e a razoabilidade dos valores no referido termo apresentado.

9.1.4 O pregoeiro atuou no sentido de direcionar o certame a determinadas empresas e

concede-lhes certos benefícios e privilégios. Entre os atos que conduziram ao favorecimento tem-se a baixa ou nenhuma concorrência, inexistência de pesquisa de mercado, desclassificação sumária de licitantes que ofertaram melhores propostas e aquisições por preços acima do valor de referência. A seguir analisa-se cada pregão executado com favorecimento a empresas.

9.2 Pregão nº 43/2010

9.2.1 Ainda em relação ao favorecimento a licitantes, o recorrente Alberto Carlos Malheiros Carvalho, apresentou as seguintes justificativas em relação ao pregão 43/2010:

a) houve publicidade do pregão, mas não houve a participação de um volume de empresas suficiente para que a concorrência reduzisse os preços dos itens, o que obviamente não é culpa do pregoeiro que tal infortúnio tenha ocorrido;

b) para haver o favorecimento a um licitante, o pregoeiro deveria ter limitado a publicidade do pregão, o que não ocorreu. Logo, o pregão cumpriu as formalidades legais de publicização do certame;

c) embora a empresa L C Licar tenha arrematado a maior parte dos itens pregoados, o certame contou com a participação da empresa Clinical Med Novo Milenio Material Hospitalar Ltda, com relação a 10 itens, mas em nenhum deles a empresa ofertou melhor proposta;

d) não discordamos do relatório da CGU que a falta de competitividade no certame refletiu-se na pouca economia do IFMA-Maracanã. Mas também é impossível atribuir ao recorrente a culpa pela falta de competitividade, ainda mais quando inexistiu vício na publicidade do certame.

Análise

9.2.2 O pregão 43/2010 teve por objeto a contratação de empresa especializada para fornecimento de material pedagógico para projetos de programas educacionais. O certame constituiu-se de 72 itens, dos quais seis foram cancelados pelo pregoeiro e os sessenta e seis itens restantes foram adjudicados à empresa L. C. Licar.

9.2.3 Em que pese a devida publicidade, identifica-se claramente ausência de competitividade no certame, uma vez que 85% dos itens licitados foram adjudicados à empresa L.C. Licar sem oferecimento de quaisquer outros lances, ou seja, para os 56 itens, dentre os 66 adquiridos pela vencedora do certame, houve apenas o cadastramento da proposta da vencedora, portanto, não houve competitividade no certame.

9.2.4 Ao contrário do que informa o recorrente, no pregão 43/2010 a empresa Clinical Med Novo Milenio Material Hospitalar Ltda., única concorrente da empresa L C Licar em dez dos itens ofertados, apresentou melhores preços nos itens 4 e 12, porém teve suas propostas canceladas por descumprimento de prazo (peça 24, p. 33-37).

9.2.5 Há de se destacar que, nas situações de ausência de lances para muitos itens de bens e serviços licitados na fase competitiva de pregão, deve o pregoeiro suspender o certame e encaminhar a questão à apreciação da autoridade superior, para que esta avalie a possibilidade de revogar ou anular o certame, conforme o caso.

9.2.6 A competitividade deve nortear todos os certames promovidos pela administração pública em deferência ao princípio da competitividade, nos termos do art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 e do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005.

9.2.7 Diante do exposto, era de se esperar que o pregoeiro agisse no sentido de revogar ou

anular o processo licitatório, tendo em vista a inexistência de competitividade do certame e a seleção da melhor proposta para a administração pública;

9.3 Pregão nº 40/2010

9.3.1 O recorrente Alberto Carlos Malheiros Carvalho entende que não houve favorecimento a empresas no pregão 40/2010, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) a exigência de engenheiros elétrico ou mecânico tem por função minimizar riscos de acidente ou falhas na prestação de serviço e encontra lastro legal, conforme veremos a seguir;

b) o trecho constitucional mencionado pelo relatório CGU (art. 37, XXI, CF/88) deixa campo aberto à discricionariedade do responsável pela licitação a exigência de qualificações técnicas indispensáveis para garantia do cumprimento das obrigações;

c) ao contrário do que aduz o relatório da CGU, os serviços de instalação, conserto e reparo de ar condicionado é de responsabilidade de engenheiros mecânicos ou elétricos, a teor do que dispõe os artigos 8º e 12º da Resolução Confex nº 218/1973;

d) não há que se falar de inclusão de requisitos exagerados que pusessem em xeque a competitividade do certame, já que desde a época dos fatos já existia norma prevendo a presença dos profissionais de engenharia elétrica e mecânica para instalação de ar condicionado;

e) se o pregão eletrônico nº 93/2010 realizado pelo TRE/MA não previu tais requisitos indispensáveis para contratação de serviços de instalação de condicionadores de ar, a falha é exclusiva desta instituição (TRE/MA) que desrespeitou norma do Confex e pôs em risco a incolumidade física dos usuários dos ares condicionados e da estrutura física e elétrica das dependências do TRE/MA.

Análise

9.3.2 O pregão 40/2010 teve por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de instalação, desinstalação e deslocamento de aparelhos de ar-condicionado. O certame constituiu-se de 10 itens.

9.3.3 O Edital do citado pregão exigiu, para a habilitação dos licitantes, que a empresa, para participar do certame, possuísse em seu quadro técnico dois profissionais, sendo um engenheiro mecânico e outro engenheiro eletricitista.

9.3.4 O trecho constitucional invocado pelo recorrente (art. 37, XXI, CF/88), não o socorre, senão, vejamos:

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual **somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifos acrescidos)

9.3.5 Ao contrário do que afirma o recorrente, à época da realização do certame, a resolução do Confex não exigia que os serviços de instalação de ar-condicionado fossem executados por engenheiro. De acordo com a Resolução Confex nº 218/1973, art. 24, inciso I da versão vigente no ano de realização do pregão em comento, os serviços previstos no edital do pregão em comento são compatíveis com as atribuições conferidas aos técnicos de nível médio. Significa dizer que serviços

de instalação e desinstalação de aparelhos de ares-condicionados enquadram-se nos serviços previstos naquela resolução como atividade 16 - execução de instalação, montagem e reparo, que é uma atividade que pode ser desenvolvida por profissional com curso técnico. Logo, não há normativo que ampare tal exigência para habilitação de empresas no certame. Registre-se que a referida resolução somente foi alterada em julho de 2014.

9.3.6 Nessa linha, o art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/1993 consigna que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

9.3.7 Tal exigência, desarrazoada e impertinente, conduz ao óbice ao princípio da competitividade do certame, uma vez que desqualifica possíveis concorrentes a se habilitarem no processo licitatório. Tanto que uma única empresa participou do certame, a Bandeira - Comércio e Serviços Ltda., e foi declarada vencedora dos 14 itens referentes ao serviço de instalação e desinstalação de aparelhos de ares-condicionados tipo Split.

9.3.8 Convém destacar, ainda, que essa mesma empresa, participara e vencera, no mesmo período, processo licitatório formulado pelo TRE/MA com mesmo objeto do Pregão Eletrônico nº 40/2010 promovido pelo IFMA. Porém, identificou-se no certame do TRE/MA uma intensa disputa de lances, diferentemente do ocorrido no pregão do Instituto, uma vez que o TRE não exigiu que para a empresa se habilitar seria necessário que ela possuísse em seu quadro de servidores, engenheiros mecânico e eletricista. Por consequência, as aquisições dos quatorze itens pelo TRE foram adquiridas com preço inferior em 41% em relação ao adquirido pelo IFMA (pregão 93/2010 do TRE/MA: preço contratado a R\$ 123.740,04; pregão 40/2010: 14 itens contratados a R\$ 209.602,08) (peça 1, p. 183-185).

9.3.9 A referida exigência fora determinante para a baixa competitividade do pregão 40/2010. Identifica-se que o pregoeiro agiu com desídia à coisa pública, ao permitir que exigências desarrazoadas e contrárias ao interesse público prevalecesse. O gestor tinha consciência da falta de competitividade do certame, tanto que afirmou à CGU que “proponente não reduziu os seus valores por não haver motivação concorrencial” (peça 1, p. 195). Ainda assim, manteve o certame e firmou contrato com a empresa Bandeira Comércio e Serviços Ltda. manifestamente desvantajoso para o IFMA.

9.3.10 Em que pese a falta de competitividade, o pregoeiro manteve o processo licitatório. Convém destacar, porém, que o pregoeiro agiu de maneira diversa na realização do pregão 66/2010, o qual, cancelou o prosseguimento do certame por inexistência de competitividade, conforme se observa na seguinte justificativa constante de sua peça recursal (peça 133, p. 21):

Embora no item 04 tivemos a participação de três empresas, houve cancelamento do item no pregão por bem da administração pública, já que não havia competitividade suficiente que beneficiasse a Administração Pública. Da mesma forma ocorreram com os itens 05 a 09, onde participaram apenas 02 (duas) empresas, e acabaram sendo os itens cancelados no pregão.

9.3.11 Pelo exposto, conclui-se que especificações adotadas para a licitação deixam clara a restrição à competitividade do certame. As condutas do pregoeiro foram dissociadas do interesse público, ao inserir cláusula abusiva no edital do referido pregão, composta de exigência sem amparo legal e que resultou em prejuízo ao instituto.

9.4 Pregão nº 66/2010

9.4.1 O recorrente Alberto Carlos Malheiros Carvalho entende que não houve favorecimento a empresas no pregão 66/2010, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) é completamente contrária às provas as afirmações do relatório da CGU que alegam que o presente certame licitatório foi realizado sem o requisito necessário da competitividade, já que as provas dos autos apontam para caminho completamente oposto;

b) verifica-se que, nos itens 1, 2 e 3 do pregão em questão, cinco empresas participaram do certame (peça 22, p. 2). Embora no item 4 ter havido a participação de três empresas, houve cancelamento do item no pregão por bem da administração pública, já que não havia competitividade suficiente que beneficiasse o IFMA. Da mesma forma ocorreram com os itens 5 a 9, onde participaram apenas duas empresas, e acabaram sendo os itens cancelados;

c) quando se verificava que o pregão não estava atendendo aos interesses públicos, seja por falta de concorrência, seja pelos preços inadequados e acima da média, o pregoeiro resolvia por bem cancelar o item. Mas quando se percebia competitividade, beneficiando a administração pública, o pregão se seguiu;

d) equivocou-se brutalmente o relatório da CGU na sua análise da planilha que acompanha o relatório na página 193 da peça 1 dos autos. Isso porque aduz que a empresa L C Licar não teve concorrente em onze dos itens pregoados, e em seis teria havido a participação de apenas um outro licitante;

e) o que se observa da planilha do relatório é que em apenas seis itens a empresa L C Licar não teve concorrente, em cinco itens a empresa L C Licar teve pelo menos outra concorrente, e nos demais oito itens a L C Licar teve mais de dois concorrentes. Note-se que no item 39 houveram dezesseis concorrentes, no item 24 houveram vinte e no item 32 houveram quarenta concorrentes, e mesmo assim a L C Licar saiu vencedora desses itens do pregão, o que atesta não apenas que houve real concorrência, mas também que a L C Licar apresentou incontestavelmente os melhores preços;

f) não há que se falar em ausência ou diminuição da competitividade, e ainda que fosse o caso, o pregoeiro não influiu em nada na ausência de participantes nos pregões, tanto que chegou a cancelar itens cujas únicas ofertas foram acima do preço referencial.

Análise

9.4.2 O pregão 66/2010 teve por objeto a contratação de empresa especializada para fornecimento de material de consumo. Este pregão eletrônico contou com 46 itens, dos quais 17 foram cancelados pelo pregoeiro e dos 29 itens licitados, o fornecedor L. C. Licar foi vencedor em 19 itens (65%). Desses 19 itens vencidos pela L. C. Licar, em onze essa empresa não teve concorrentes e em seis, houve a participação de apenas um outro licitante.

9.4.3 Destaque-se que o pregoeiro declarou vencedora a L.C. Licar mesmo tendo esta empresa formulado propostas de preços com valores acima do valor máximo estimado pelo IFMA em seis dos dezenove itens a ela adjudicados (Peça 1, p. 195). Tal conduta é antieconômica e desrespeita a Lei 8.666/1993, a qual determina, em seu art. 3º, que a licitação se destina a garantir a observância à seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

9.4.4 Do exposto, do mesmo modo que nos outros certames, conclui-se que o presente certame licitatório foi realizado sem observar o princípio da competitividade, já que foram

adjudicados itens os quais só houve um único participante no certame, infringindo o disposto no *caput* do art. 44 c/c *caput* do art. 3º da Lei 8666/1993, bem como o art. 5º do Decreto 5450/2005, o que se refletiu na pequena ou nenhuma economia obtida nas propostas ofertadas pela L. C. Licar e pelas outras empresas vencedoras dos itens licitados.

9.5 Pregão nº 15/2010

9.5.1 O recorrente Alberto Carlos Malheiros Carvalho entende que não houve favorecimento a empresas no pregão 15/2010, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) na página 189 da peça 01 dos autos virtuais o relatório da CGU aduziu que: "com efeito, naqueles em que essa empresa não ofertou lance ou ofertou com valor acima do estimado, o pregoeiro efetuou o cancelamento". Dos 183 itens pertencentes a este pregão eletrônico, 35 itens foram cancelados em virtude de oferta de lances acima do valor de referência e 22 itens, devido à inexistência de proposta";

b) se houvesse de fato interesse do pregoeiro em favorecer empresa em detrimento do erário público, por óbvio que não teria efetuado o cancelamento dos 35 itens com oferta maior que o valor de referência - ofertas estas todas da L C Licar;

c) só permaneceram vigentes os itens cujas propostas estiveram abaixo do valor de referência e, portanto, beneficiando a administração pública;

d) lógico que o pregoeiro era ciente da falta de competitividade dos itens do pregão em questão, mas não existe nada nos autos que impunham ao recorrente a culpa pela falta de competitividade. Muito pelo contrário, ficou provado nos autos que o pregoeiro agiu de forma a publicizar adequadamente todos os pregões por ele realizados, permitindo a ampla participação de empresas. Se estas não compareceram, não é responsabilidade do recorrente;

e) diante de tal situação, o pregoeiro teria duas opções: ou cancelaria o pregão, deixando de adquirir os itens ali constantes em detrimento de todos os servidores e estudantes do IFMA-Maracanã, ou seguiria com o certame naqueles itens abaixo dos valores de referência, possibilitando o fornecimento ao menos parcial dos itens pregoados;

f) o detalhe é que os itens deste pregão eram gêneros alimentícios. O que significa que a não aquisição de tais itens acarretaria numa situação absurda de falta de alimentos no IFMA-Maracanã, ressaltando que a comunidade que usufrui dos serviços da instituição é de baixa renda e teriam dificuldades de alimentar-se sem o apoio da instituição.

Análise

9.5.2 O pregão 15/2010 teve por objeto a contratação de empresa especializada para fornecimento de gêneros alimentícios perecíveis e não perecíveis para o IFMA. Este pregão teve como única empresa participante a L. C. Licar, por consequência, sagrou-se vencedora em todos os itens em que demonstrou interesse. Com efeito, naqueles em que essa empresa não ofertou lance ou ofertou com valor acima do estimado, o pregoeiro efetuou o cancelamento.

9.5.3 Não pode o pregoeiro tentar remediar a falta de participantes legitimando uma licitação com número reduzido de licitantes, pois inviabiliza a competitividade do certame, além de contrariar dispositivo legal, tal como o disposto no *caput* do art. 44 c/c *caput* do art. 3º da Lei 8666/1993, bem como o art. 5º do Decreto 5450/2005.

9.5.4 Como já discorrido no item 9.1.5, nas situações de ausência de lances para muitos itens

de bens e serviços licitados na fase competitiva de pregão, deve o pregoeiro suspender o certame e encaminhar a questão à apreciação da autoridade superior, para que esta avalie a possibilidade de revogar ou anular o certame, conforme o caso.

9.5.5 Não foram inseridas aos autos, justificativas razoáveis para que o pregoeiro desse continuidade a um certame onde só existiu um único participante. Principalmente por tratar-se de pregão na modalidade eletrônico, que visa abarcar maior competitividade, proporcionando aquisições mais vantajosas para a administração pública.

9.5.6 Do exposto, percebe-se que o pregoeiro não atuou em prol da administração pública, e não respeitou os princípios norteadores do processo licitatório, principalmente da busca da proposta mais vantajosa pela administração pública.

10. Do favorecimento indevido a EPP/ME

10.1 O recorrente Alberto Carlos Malheiros Carvalho entende que a realização dos pregões obedeceu os parâmetros legais exigidos para o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte e microempresas, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) partindo de uma hermenêutica constitucional, à luz do que dispõe o artigo 170, inciso IX, da Carta Política Brasileira, que impõe como princípio fundamental da ordem econômica o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, tem-se que a interpretação mais consentânea com os princípios insculpidos na Constituição Federal é a de que o inciso I do artigo 48 da Lei Complementar 123/2006 entende que cada contratação poderá ser de até 80 mil reais, e não que todo o certame será limitado a esse montante;

b) interpretar de forma diversa seria causar grave prejuízo às micro e pequenas empresas na medida em que limitaria sobremaneira os processos licitatórios aos quais teria direito de participar de forma exclusiva, desnaturando o interesse da ordem econômica insculpida no princípio previsto no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal;

c) cada item de um pregão se configura numa contratação distinta, sendo não apenas possível, mas legalmente autorizado separar de um pregão itens exclusivos às micro e pequenas empresas;

d) usando como exemplo o pregão nº 02/2010, faz-se plenamente possível termos um certame no montante de R\$ 570.294,40 (quinhentos e setenta mil duzentos e noventa e quatro reais e quarenta centavos), porém destinar dos itens do pregão aqueles com valores de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) exclusivamente às micro e pequenas empresas;

e) o legislador resolveu por bem aprovar lei meramente interpretativa, dando nova redação ao artigo 48, inciso 1, da Lei Complementar 123/2006, que desde 2014 passou a ter a seguinte redação:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014).

f) a nova redação do dispositivo legal acima em nada inovou na ordem jurídica vigente, apenas deu ao texto redação que não deixa dúvidas quanto a sua melhor interpretação. O recorrente

já seguia a interpretação mais correta e alinhada com os princípios da ordem econômica previstos na Constituição Federal;

g) tais práticas cometidas pelo recorrente na sua função de pregoeiro jamais tiveram o condão de direcionar os pregões em favor de determinadas empresas;

h) equivoca-se o ilustre relator do acórdão atacado ao afirmar que o pregoeiro desatendeu o disposto no §1º do artigo 48 da Lei Complementar 123/2006, alegando que os valores licitados pelo IFMA-Maracanã excederam a 25% do total licitado ao ano. O relator tão somente faz menção ao dispositivo legal supostamente violado, mas não aponta em nenhum momento de onde tirou tal conclusão. Sabemos que todas as decisões judiciais e administrativas devem ser devidamente motivadas sob pena de nulidade. Aliás, sequer no relatório da CGU consta tal conclusão, razão porque temos uma decisão absolutamente imotivada e desprovida de provas;

i) mesmo considerando para fins hipotéticos que não houve previsão expressa no instrumento convocatório da participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte nos instrumentos convocatórios dos pregões eletrônicos, em suposto desatendimento ao artigo 49, inciso I da LC 123/2006, temos que tal omissão não passa de mera falha formal, que de forma alguma prejudicaria a publicidade ou competitividade dos certames;

j) tal omissão permitiria que mais empresas – incluídas ou não nas categorias da LC 123/2006, de fato - pudessem tomar conhecimento dos certames. Entretanto, tal norma era de tal forma prejudicial aos desígnios constitucionais do favorecimento às micro e pequenas empresas que o legislador ordinário fez por bem revogar também tal dispositivo legal por meio da LC 147/2014.

Análise

10.2 Não merece prosperar a argumentação do recorrente. A leitura dos arts. 48, I e 49 da LC 123/2006 deixava claro que a administração pública somente poderia realizar o processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresa e EPP quando os critérios de tratamento diferenciado estivessem expressamente previstos no instrumento convocatório. Assim, uma vez que o tratamento diferenciado não foi expressamente previsto no corpo do edital, tal restrição à ampla participação não poderia ser inserida no sistema Comprasnet. A inserção no sistema de restrição não prevista no edital é vício grave, não sanável.

10.3 Nesse sentido, como bem destacado no relatório de auditoria anual da CGU “o pregoeiro oficial, ao não deixar expressamente previsto no Edital o critério de tratamento diferenciado e exclusivo para as microempresas e empresas de pequeno porte, omitiu dos Procuradores Jurídicos um dado jurídico relevante que comprometeu a análise e a emissão dos respectivos pareceres no que tange à verificação da legalidade dos instrumentos convocatórios” (peça 1, p. 203).

10.4 Em relação à alteração da LC 123/2006, promovida pela LC 147/2004, vale destacar que tal alteração não retroage para colocar em posição de regularidade os atos praticados sujeitos à subsunção da norma alterada (*tempus regit actum*).

10.5 Em relação à interpretação de que o limite às EPP/ME se relacionava a cada item licitado, convém destacar que mesmo com essa interpretação favorável ao recorrente, este continuaria a infringir o normativo, uma vez que na realização do pregão 66/2010, por exemplo, o item 1 destinado a aquisição de cartucho colorido para impressora, em que pese constar tratamento diferenciado para participação exclusiva de ME/EPP, o valor estimado foi de R\$ 90.000,00,

superior, portanto, ao limite máximo permitido para contratação com tratamento favorecido às EPP/ME (Peça 23, p. 36).

10.6 Independente da interpretação dada ao limite legal para dar favorecimento às EPP/ME, o art. 49, inciso III, da Lei Complementar nº 123/2006 determina que não será concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte quando tal tratamento não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Logo, o tratamento privilegiado não pode ser generalizado de modo a prejudicar o objetivo da licitação pública, que é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

10.7 Há de se destacar, ainda, o desrespeito ao inciso II, do art. 49 da LC 123/2006, o qual preconiza que não se deve conceder o tratamento favorável quando não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Ora, no pregão 2/2016, dos 131 itens em disputa, a empresa vencedora foi a única concorrente em setenta e três desses itens, o que corresponde a 56% dos itens adjudicados (peça 1, p. 205).

10.8 No sentido da legalidade da conduta administrativa, como no caso aqui analisado, não poderia haver o tratamento favorecido às EPP/ME por ofensa a diversos dispositivos contidos na lei de licitações (art. 49, II, III).

11. D a inserção de itens não previstos no edital do pregão eletrônico 06/2010

11.1 O recorrente Alberto Carlos Malheiros Carvalho entende pela regularidade quanto à inserção de itens não previstos no edital, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) os itens incluídos no Pregão 06/2010 tinham total relação com os itens que já constavam no Edital de convocação. Todos os itens - previstos no edital ou posteriormente incluídos pelo pregoeiro, visavam a aquisição de materiais para laboratório. Ou seja, tais inclusões não prejudicaram a participação de nenhum dos licitantes, já que o objeto do referido pregão eletrônico não se modificou;

b) os itens mencionados só foram incluídos por expressa determinação do Diretor Geral do IFMA-Maranã à época, Sr. Vespasiano da Hora. Como dito antes, ele quem ordenava os trâmites de todos os procedimentos licitatórios, e quem efetivamente ordenou a inclusão desses itens no Pregão nº 06/2010, já que não se teria tempo para organizar novo procedimento licitatório;

c) não resta apontado nenhum prejuízo material para a administração pública com a inclusão dos itens não previstos no Edital de convocação. Ademais, tal situação é isolada, não tendo se repetido em nenhum outro certame, devendo, portanto, ser considerado como simples falha formal, livre de punição ou condenação em multa.

Análise

11.2 O pregão eletrônico nº 06/2010, teve por objeto a aquisição de material permanente para laboratório. Ocorre que o pregoeiro oficial do Instituto promoveu a licitação de 24 itens que não estavam previstos no Edital, o que resultou num incremento de 41% sobre o valor originalmente previsto.

11.3 Em que pese a inserção de itens não previstos originalmente, o recorrente não

demonstrou o motivo pelo qual houve esse aumento na quantidade de itens originalmente estabelecida no Edital sem a solicitação prévia de autorização do setor financeiro da Instituição.

11.4 Convém enfatizar, ainda, que a estimativa prévia do valor em contratações públicas serve, dentre outras finalidades, para verificar a existência de recursos orçamentários suficientes para pagamento da despesa com a contratação. Porém, não foi demonstrado no processo que houve pesquisa de preços dos itens licitados.

11.5 Pelo exposto, conclui-se que as alegações apresentadas não merecem prosperar.

12. Da responsabilidade do Gestor (peça 1, p. 195-201)

12.1 O diretor geral, Sr. Vespasiano de Abreu da Hora, argui pela irresponsabilidade quanto às irregularidades apuradas, tendo em vista os seguintes argumentos:

a) apesar de o relatório mencionar de forma detalhada os indícios de fraude nos processos de dispensa de licitação, de favorecimento de licitantes em pregões eletrônicos e de realização de pregões eletrônicos de modo a violar o art.48 da Lei nº 8.666/1993, o que se observa é que a CGU considerou que a responsabilidade do Sr.Vespasiano limitava-se ao fato de ele ter homologado os processos eivados de vícios, enquanto que a realização da fraude em si foi imputada única e exclusivamente aos membros da Comissão Permanente de Licitação;

b) conforme relatado pela CGU, não se pode esperar que o gestor, no caso, Diretor Geral do Campus São Luís Maracanã tenha condições de alcançar e corrigir todos os atos que a ele chegam, dado o volume de atos e fatos de gestão que diariamente se apresentam, ou seja, deixou de atribuir qualquer responsabilidade ao defêndente;

c) é aplicável o entendimento do TCU no sentido de que "não pode o dirigente maior de uma instituição de ensino ser responsabilizado por atos cotidianos praticados sob sua gestão, especialmente quando se tratam de assuntos eminentemente técnicos e específicos da área de compras e de engenharia, devendo os casos concretos serem analisados à luz da situação fática" (Plenário; TC 027.340/2009-5; Natureza: Relatório de Auditoria);

d) é absolutamente inexigível que, na prática, o gestor analise minuciosamente todos os atos dos procedimentos licitatórios que tem que homologar (sob pena de inviabilização da atividade administrativa);

e) as constatações das irregularidades detectadas pela CGU exigem um trabalho fiscalizatório que somente se pode esperar de órgãos de auditoria ou de profissionais com profundo conhecimento técnico em matéria de licitação;

f) dadas as circunstâncias inerentes à conjuntura do IFMA naquele momento, o grande volume de atribuições do diretor de um campus de uma Instituição Federal do porte do IFMA, a escassez de pessoal e a sutileza das irregularidades praticadas pelo pregoeiro, que não corresponderam a ilegalidades patentes ou grosseiras (tanto é que não foram percebidas pela Procuradoria Jurídica do órgão), deve-se considerar a situação do gestor como uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, tendo em vista que é bastante razoável supor que qualquer outro homem médio que estivesse em seu lugar também não seria capaz de detectar as irregularidades praticadas pelo pregoeiro;

g) cumpre observar que o fato de a irregularidade praticada pelo executor ensejar responsabilização *a priori* do delegante, não deve ser interpretada como uma responsabilização

automática do gestor, posto que, se assim fosse, haveria uma responsabilização objetiva do mesmo - já que a sua culpa no caso concreto não precisaria ser aferida e comprovada -, sendo que, como é cediço, as sanções impostas a servidores públicos que praticam irregularidades não é objetiva, dependendo, ao invés disso de comprovação da culpa do agente;

h) as irregularidades foram praticadas pelo pregoeiro sem qualquer conivência do gestor e a conjuntura asoberbada da época, atestada pela própria Corte de Contas, tornava ainda mais difícil um acompanhamento direto das atividades desempenhadas de maneira irregular;

i) se as irregularidades decorreram de atos praticados pelo pregoeiro, era este quem tinha dever de informar o gestor sobre as dificuldades que vinha encontrando para desempenhar regularmente suas atribuições, a fim de que pudessem ser propostas medidas viáveis para o saneamento dos problemas;

j) quanto à alegação de que a ausência de vinculação do gestor a pareceres técnicos afastaria a possibilidade de o parecer isentá-lo de responsabilização pela prática de atos manifestamente ilegais não se justifica pelo fato de que, como demonstrado acima, as irregularidades sob discussão de modo algum podem ser consideradas de ilegalidade manifesta, para quem estava na posição de gestor;

k) em recentes decisões, o Tribunal de Contas da União tem afirmado que embora, em regra, a existência de um parecer não afaste a responsabilização do gestor, admite-se tal possibilidade quando as irregularidades são de "difícil detecção" (Acórdão 250/2014 - Plenário);

l) é de conhecimento notório que o gestor da entidade não participa da etapa de elaboração do edital, classificação ou desclassificação de concorrentes do pregão eletrônico, da coleta dos lances e nem de aceitação ou rejeição de recursos apresentados por licitantes desclassificados ou do cancelamento de itens licitados, sendo tais atribuições inerentes ao pregoeiro que conduz o certame;

m) o fato de os pregões terem recebido o devido aval da procuradoria jurídica do IFMA e de as irregularidades supostamente praticadas pelo pregoeiro terem derivado mais de atos desarrazoados do que propriamente ilegais (a exemplo do fato de, no Pregão 40/2010, o pregoeiro ter disponibilizado 2 minutos para os lances, sendo o prazo variável entre 1 a 60 minutos) tornou ainda mais difícil que o gestor detectasse qualquer indício de favorecimento ou de irregularidade nos certames, o que corrobora o fato de que tais fatos não devem culminar em qualquer tipo de responsabilização do Sr. Vespasiano de Abreu da Hora;

n) se as atitudes do pregoeiro serviram para ludibriar a procuradoria jurídica do IFMA, é evidente que o gestor, que não possui o conhecimento técnico do assunto e que não tem condições fáticas e concretas de fiscalizar meticulosamente cada detalhe de cada processo licitatório da instituição, está sujeito às atitudes do pregoeiro no sentido de ocultar a irregularidade de seus atos;

o) ao invés de se tratar de atos manifestamente ilegais praticados pela comissão, os processos licitatórios envolveram irregularidades de difícil detecção pelo homem médio, visto que nem mesmo a procuradoria jurídica do órgão, que possui conhecimento técnico e jurídico acerca da matéria, foi capaz de detectá-las.

Análise

12.2 Em sua defesa o Sr. Vespasiano de Abreu da Hora se deteve, de modo geral, a explicar

as responsabilidades do cargo por ele ocupado e sua participação unicamente na homologação dos processos licitatórios, não apresentando argumentos específicos para as irregularidades apuradas.

12.3 Desse modo, o ex-diretor geral tenta transferir a responsabilidade pelas irregularidades apuradas, colocando sua atuação em um nível mais gerencial. Analisando os argumentos de cunho genérico apresentados, entende-se que não pode o responsável excluir sua responsabilidade apenas alegando que suas responsabilidades estão dentro de um plano gerencial.

12.4 O recorrente tinha conhecimento quanto às cláusulas abusivas do certame, desclassificação por descumprimento de prazo, inexistência de competitividade, entre outras irregularidades, tanto que, em sua manifestação junto à CGU justificara cada irregularidade apontada (peça 1, p. 195-197).

12.5 Cabe à autoridade competente pela homologação verificar a legalidade dos atos praticados na licitação, bem como avaliar a conveniência da contratação do objeto licitado pela administração, uma vez que a homologação equivale à aprovação do certame. Daí a importância de tal procedimento ser precedido de um criterioso exame, pela autoridade competente, dos atos que integraram todo o processo licitatório. Do contrário, se a homologação se caracterizasse como simples ato formal, tal atribuição poderia ficar a cargo do próprio pregoeiro, o que não é o caso.

12.6 O Diretor Geral do Campus São Luís Maracanã, ao homologar os atos da Comissão, e considerando a gravidade dos vícios apontados, assume responsabilidades, uma vez que ao homologar o procedimento, ele passa a responder por todos os atos nele praticados, objeto de sua expressa aprovação, conforme preconiza o Acórdão TCU nº 113/1999.

12.7 Na qualidade de ordenador de despesa, era sua responsabilidade checar se todos os procedimentos adotados pela comissão de licitação encontravam-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, cancelar os certames. No entanto, homologou os processos licitatórios com uma multiplicidade de falhas e irregularidades, tais como restrições à competitividade, cláusulas abusivas, adjudicação de objeto por preço acima do valor de referência, além de outras diversas falhas de fácil detecção.

12.8 As irregularidades verificadas na condução das licitações e contratos, descritas nos itens 5 a 11 desta instrução, não são meramente formais uma vez que demonstraram a inobservância a preceitos básicos da Lei de Licitações, ostentando gravidade suficiente para afastar a natureza formal da irregularidade, além de evidenciar falta de planejamento da instituição na realização dos procedimentos licitatórios, e falta de acurácia nas análises dos procedimentos licitatórios e completo desrespeito às normas que regem o processo licitatório.

12.9 Observa-se no Voto que fundamentou o Acórdão ora recorrido, que presidente da CPL foi responsabilizado por uma diversidade de ocorrências entre as quais fraudes nos processos de dispensa, favorecimento a licitantes, desclassificações indevidas, restrição ao caráter competitivo do certame, entre outros. Todas as ocorrências estão inseridas na esfera de atuação dos membros da CPL e, por se tratar de procedimentos complexos, abrangem, igualmente, a participação do ex-diretor geral.

12.10 A análise das irregularidades no conjunto de procedimentos licitatórios representados neste processo não deixa dúvida sobre a negligência do responsável sobre as condutas reprovadas. Assim, os argumentos apresentados pelo recorrente não lograram abalar os fundamentos da deliberação recorrida.

CONCLUSÃO

13. Em face da análise promovida nos itens 4 a 12 desta instrução, conclui-se que:

a) houve fraude no processo de dispensa da licitação, uma vez que foram identificadas diversas irregularidades, tais como a simulação de coleta de preços, fraude documental, ausência de qualificação técnica de empresa declarada como vencedora do certame;

b) a exiguidade do tempo disponibilizado para apresentação das propostas ajustadas ao lance prejudicou potencialmente os licitantes, constituindo inegável restrição ao caráter competitivo do certame, impedindo que a administração pudesse escolher a proposta mais vantajosa ao certame, o que contraria o interesse público;

c) o critério definido na Súmula 262/2010 desta Corte de Contas, em consonância com o 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 ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta;

d) o pregoeiro atuou no sentido de direcionar o certame a determinadas empresas e concede-lhes certos benefícios e privilégios. Entre os atos que conduziram ao favorecimento tem-se a baixa ou nenhuma concorrência, inexistência de pesquisa de mercado, desclassificação sumária de licitantes que ofertaram melhores propostas e aquisições por preços acima do valor de referência;

e) a inserção no sistema Comprasnet de restrição ao certame, tratamento diferenciado e exclusivo para as microempresas e empresas de pequeno porte, não prevista no edital é vício grave, não sanável;

f) não é permitido a concessão de tratamento favorável quando não há um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

g) o ato de cancelamento de itens do processo licitatório estava condizente quanto ao aspecto da legalidade, uma vez que é permitido ao administrador público, fazê-lo. No entanto, sob o aspecto do mérito, observaram-se falhas, pois não houve juízo de oportunidade e conveniência que justificasse a prática do ato, em desacordo com o art. 22, § 3º, do Decreto nº 5.450/2005 e com os princípios da impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e razoabilidade;

h) não pode o gestor excluir sua responsabilidade apenas alegando que suas responsabilidades estão dentro de um plano gerencial. Na qualidade de ordenador de despesa, lhe cabe checar se todos os procedimentos adotados pela comissão de licitação encontravam-se de acordo com a legislação aplicável para, só então, cancelar os certames. No entanto, homologou os processos licitatórios com uma multiplicidade de falhas e irregularidades, tais como restrições à competitividade, cláusulas abusivas, adjudicação de objeto por preço acima do valor de referência, além de outras diversas falhas de fácil detecção.

13.1. Assim, os elementos apresentados pelos recorrentes não têm o condão de modificar a deliberação recorrida, devendo-se mantê-la em seus exatos termos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO



14. Diante do exposto, com fundamento nos artigos 32, inciso I, e 33 da Lei 8.443/1992, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se:

- a) conhecer dos recursos e, no mérito negar-lhes provimento;
- b) comunicar aos recorrentes e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte.

TCU / Secretaria de Recursos / 1ª Diretoria, em 22 de agosto de 2016.

[assinado eletronicamente]

Andréa Barros Henrique
AUFC – mat. 6569-2