

TC 022.320/2012-1

Natureza: Representação

Unidade Jurisdicionada: Comando da 9ª Região Militar - Ministério do Exército

Sumário: Representação. Supostas irregularidades em pregão eletrônico. Conhecimento. Adoção de medida cautelar. Suspensão dos efeitos da ata de registro de preços. Determinação de oitiva.

### Despacho

O presente processo refere-se à representação formulada pela empresa Comercial Arakaki Ltda., acerca de supostas irregularidades cometidas pelo Comando da 9ª Região Militar do Ministério do Exército, concernentes ao pregão eletrônico 06/2012, cujo objeto foi "o registro de preço, para eventual aquisição de gêneros alimentícios, denominados quantitativo de reforço, para atender às necessidades da 9ª RM, Órgão Gerenciador (OG) e das demais Organizações Militares (OM) localizadas na Guarnição de Campo Grande - MS, Órgãos Participantes (OP), que aderirem ao pregão eletrônico para registro de preços, conforme especificações e quantidades estabelecidas no Edital, Termo de Referência e Anexos" (peça 1, pp. 28/29).

2. O critério de julgamento das propostas foi o menor preço global por grupo, sendo facultado aos licitantes participar de quantos grupos fossem de interesse, desde que oferecesse proposta para todos os itens que compunham cada grupo de competição (item 1.2 do edital – peça 1, p. 29).

3. A unidade técnica propõe o conhecimento da representação, tendo em vista o preenchimento das condições de admissibilidade dispostas nos arts. 235 e 237, VII, do RI/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

4. As irregularidades apontadas pelo representante são, em síntese, as seguintes:

**"primeira irregularidade:** a Administração teria licitado um produto, achocolatado em lata de 400g, mas teria homologado o produto em embalagem econômica, causando desequilíbrio entre os participantes do certame;

**segunda irregularidade:** o pregoeiro teria descumprido 'disposição editalícia (item 11.1) aceitando o envio do anexo (proposta de preços e documentos habilitatórios) fora do prazo de 04 horas constante do edital, ferindo o princípio de vinculação ao instrumento convocatório';

**terceira irregularidade:** a Administração teria aceitado, em alguns dos itens, produtos sem a especificação contida no Edital;

**quarta irregularidade:** teria havido aceitação de proposta de uma série de produtos com preços manifestamente inexequíveis;

**quinta irregularidade:** teria havido majoração da proposta de preços após encerrada a fase de lances, em descumprimento ao item 8.2.1 do Edital, que previa que '*posteriormente será permitida a adequação dos preços na convocação do anexo, desde que o valor do grupo seja igual ou inferior ao cotado na etapa de lances e nenhum item seja superior ao de referência*'; e

**sexta irregularidade:** teria havido cerceamento de defesa, pois a signatária [da representação] sustenta que 'o pregoeiro abriu o prazo para intenção de recurso para o grupo 01,

o qual encontrava-se aceito e habilitado, sendo que três licitantes interpuseram suas intenções tempestivamente, no entanto, o pregoeiro indeferiu TODAS as intenções de recurso, ferindo garantia constitucional'."

5. Transcrevo a seguir, com os ajustes de forma pertinentes, a análise empreendida pela unidade técnica sobre as irregularidades aduzidas pelo representante (peça 6):

"7. (...) Examinando-se as irregularidades apontadas pela empresa signatária da presente Representação, observa-se o seguinte:

**7.1** Com referência à **primeira irregularidade**, informa a Comercial Arakaki Ltda. que 'a administração licitou o item 1 do grupo 1 do presente certame, achocolatado na forma de apresentação **em lata** com 400g. O fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF, vencedor do grupo 1 na fase de lances, cotou Muky como marca e fabricante do referido produto. O fabricante da marca Muky não comercializa o produto na forma de lata metálica, mas sim nas opções de pote plástico ou sachê; A escolha da embalagem econômica (pote plástico ou sachê) revela a intenção de auferir vantagem sobre os demais concorrentes, visto que o custo para o fornecedor de uma lata é maior que a de um pote ou sachê; O não atendimento da forma de embalagem descrita no edital pelo fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF enseja, conforme o próprio edital (item 7.1) e a jurisprudência do TCU, em desclassificação da proposta, mesmo porque a aceitação da referida resulta em permitir a violação dos princípios da isonomia, competitividade e vinculação ao instrumento convocatório'.

**7.1.1** Acrescenta ainda que 'o mesmo vício é encontrado no item 63, granola, onde a Administração solicita aos postulantes que apresentem propostas para o produto com forma de embalagem 'caixa com 50 sachês de 30g'. Nesse caso, o fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF cotou o produto de marca e fabricante Vitão. O referido fabricante não vende produtos em sachês de 30g, conforme se pode verificar através do site [www.vitao.com.br](http://www.vitao.com.br). De forma análoga, ao cotar um item cuja execução do contrato ocorrerá na forma de embalagens econômicas, no caso, saco 250g, 300g, 500g e 1kg, o fornecedor tentou ludibriar a Administração, auferindo vantagem para si durante a fase de lances, fato que se comprova por meio da análise dos preços finais, onde a referida empresa venceu ao preço de R\$ 6,00 e os demais concorrentes apresentaram proposta final de R\$ 26,00, R\$ 26,37, R\$ 26,39 e R\$ 26,50, respectivamente. A clara diferença de preços é fruto da oferta desigual de produtos em embalagens econômicas contra a cotação correta das especificações técnicas contidas no edital quanto ao fornecimento em embalagem individual (sachê 30g)'.

**7.1.2** (...) A Lei 8.666/1993, reguladora das licitações e contratos no âmbito do Poder Público Federal, logo em seu artigo 3º, define que '*a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da proibidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*' (grifos nossos)

**7.1.3** E ainda mais. O inciso I do parágrafo 1º do citado artigo acrescenta 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato...' (grifo nosso)

**7.1.4** Como se vê, por obediência aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, não pode a Administração lançar edital licitatório contendo especificações detalhadas de um produto que almeja adquirir, no caso, de embalagem, obrigando todos os licitantes a apresentar seus respectivos preços tendo tal informação como referência, para, ato contínuo, aceitar a proposta de um deles apresentando o mesmo produto em embalagem mais barata, sem que tal atitude prejudicasse o direito dos demais licitantes de também oferecer o produto em questão nas mesmas condições, frustrando o caráter competitivo do certame.

**7.1.5** Tal conduta, além de flagrantemente contrária às disposições legais que regem a matéria, é reveladora de total falta de critério por parte da administração do órgão licitante, pois, se no momento da elaboração do edital, entendeu necessário que o produto em tela fosse acondicionado em embalagem de lata, alguma razão necessariamente haveria, não se vislumbrando motivo para aceitá-lo em condições inferiores à exigida, ainda mais sem que fosse dada oportunidade aos demais licitantes de competir nas novas condições.

**7.1.6** (...) navegando-se pelo *site* da Vitão Alimentos Integrais na *internet*, constata-se, assim como sustentou a signatária, que a referida empresa oferece os seus diversos tipos de granola em embalagens de 250, 300 e 500g, além da embalagem de 1kg, mas nunca em sachês de 30g como previsto no edital, o que dá razão ao seu pleito. Também interessante observar que a Ata do pregão, juntada na Peça 3/página 80, demonstra que a empresa Youssif Amim Youssif, de fato, cotou a marca 'Muky' para o achocolatado (item 1 do Grupo 1), e que o referido produto não é comercializado em lata, mas, sim, em pacote ou pote plástico, conforme consulta ao site [www.bretzke.com.br](http://www.bretzke.com.br) (linha de matinais), da empresa Bretzke Alimentos Ltda., fabricante do produto, confirmando, uma vez mais, o alegado pela signatária.

**7.1.7** Em assim sendo, em apenas uma atitude praticada pela Administração do C9ªRM - Comando da 9ª Região Militar, verifica-se infração a diversos princípios que norteiam os atos da Administração Pública Federal, consubstanciado no fato de se exigir, dos licitantes, produto em determinadas condições, para, em seguida, aceitar a proposta de um fornecedor, em condições inferiores à demandada, sem que fosse dada oportunidade de nova oferta aos demais licitantes, frustrando, assim, de modo evidente, o caráter competitivo do certame. E a conduta aqui descrita, além de violar os princípios acima mencionados, também fere frontalmente uma série de julgados desta Corte de Contas, todos apontando no sentido da obediência estrita ao instrumento convocatório, podendo-se citar, por exemplo, os Acórdãos 2.345 e 2.479/2009-TCU-Plenário. Dessa forma, resta plenamente caracterizada a irregularidade apontada pela signatária.

**7.2** A **segunda irregularidade** se refere ao fato de o pregoeiro ter descumprido 'disposição editalícia (item 11.1) aceitando o envio do anexo (proposta de preços e documentos habilitatórios) fora do prazo de 04 horas constante do edital, ferindo o princípio de vinculação ao instrumento convocatório'. A signatária dá conta de que o licitante vencedor apresentou a referida documentação mais de 16 (dezesseis) horas depois, além, portanto, do prazo estabelecido pelo subitem 11.1.4 do Edital do Pregão Eletrônico 06/2012, que diz que 'o licitante convocado que deixar de enviar as documentações solicitadas dentro dos prazos previstos será desclassificado e/ou inabilitado de todo o processo licitatório, sujeitando-se às penalidades previstas'.

**7.2.1** Verificando-se a documentação apresentada pela signatária, observa-se, à peça 02/páginas 41/2, que, apesar de a convocação para apresentação dos anexos ter sido levada a cabo pelo pregoeiro no dia 27/06/2012, às 14:00 hs, o fornecedor Youssif Amim Youssif, de fato, enviou os seus anexos no dia 28/06/2012, às 06:47 hs, mais de 16 (dezesseis) horas,

portanto, após o início do procedimento, conforme abaixo transcrito, violando, assim, o previsto no subitem 11.1.4 transcrito no parágrafo anterior.

*'Sistema informa: (17/06/2012 14:02:25) Senhor fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF, CNPJ/CPF: 03.257.078/0001-84, solicito o envio do anexo referente ao grupo G1.*

*Pregoeiro fala: (27/06/2012 17:59:14) Sr licitantes estamos encerrando por hoje o certame do pregão 62012, e daremos continuidade no dia 28 jun 12, as 10:00 h (horário de Brasília-DF), prosseguindo com o recebimento dos anexos.*

*Sistema informa: (27/06/2012 18:05:22) Senhor Pregoeiro, o fornecedor LANCHONETE E PADARIA DOM BOSCO LTDA, CNPJ/CPF: 15.499.072/0001-00, enviou o anexo para o grupo G6.*

*Sistema informa: (28/06/2012 06:47:12) Senhor Pregoeiro, o fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF, CNPJ/CPF: 03.257.078/0001-84, enviou o anexo para o grupo G1.'*

**7.2.2** Entretanto, em benefício da verdade, cumpre destacar que, na mesma data de 27/06/2012, cerca de três horas após o início da apresentação dos anexos, o pregoeiro informou estar com problema de conexão na internet, comunicando que o certame seria retomado no dia seguinte, às 10:00 hs da manhã, horário de Brasília, com a devida continuação da apresentação dos anexos. E o envio da documentação por parte do licitante Youssif Amim Youssif, conforme dito, deu-se às 06:47 hs desse dia, antes, portanto, da reabertura dos trabalhos, o que, a princípio, não permite seja vislumbrada qualquer afronta ao edital convocatório, dado que o adiamento deveu-se a problemas na rede de computadores, o que se apresenta justificável. Em assim sendo, não assiste razão à signatária quanto à presente questão.

**7.2.3** A Comercial Arakaki Ltda. ainda sustenta que a documentação referente ao anexo retrocitado deveria estar autenticada por cartório competente ou pelo pregoeiro, conforme prescreve o subitem 11.1.3 do Edital, cujo texto diz que *'a proposta de preços, confirmada e/ou retificada posteriormente, por convocação de anexo do pregão, original ou produzida por qualquer processo de cópia (exceto os por fac-simile), deverão estar autenticadas por cartório competente ou pelo Pregoeiro ou mediante publicação em órgão de Imprensa Nacional e ser entregue, diretamente nas dependências da Seção de Licitações da 9ª RM, por intermédio de portador ou via correio, em até 4 (quatro) dias úteis, contados da convocação de anexo no Comprasnet pelo Pregoeiro'*, e que o licitante Youssif Amim Youssif também não teria também atendido a esse mandamento, devendo, portanto, ter sido desclassificado (grifo nosso).

**7.2.4** Quanto à presente contestação, ancorada no documento à Peça 02/páginas 62/8, por mais que seja caracterizada afronta a dispositivo editalício, deve a mesma, dada a sua natureza, ser considerada uma falha meramente formal, inferior, portanto, em potencial de dano, às impropriedades materiais já aqui apontadas, citando-se como exemplo a frustração do caráter competitivo do certame, mas, ainda assim, deve ser assistida razão à signatária, já que a documentação supracitada não apresenta os requisitos exigidos no edital, devendo ser reconhecida, portanto, a ocorrência da irregularidade por ela apontada.

**7.3** Passando agora à **terceira irregularidade** apontada, a signatária faz menção ao fato de a Administração ter aceitado, nos itens 55 a 57, produtos sem a especificação contida no edital, nos itens 55 a 57 do edital, flocos de cereal tipo *All Bran* e sucrilhos. O fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF cotou para os referidos itens a marca e fabricante Kellogs. O referido fabricante possui diversos tipos de flocos de cereal, que variam quanto a sua composição, embalagem e público. A empresa, ao não especificar a marca do produto, mas tão somente o fabricante, utilizou de artifício que permite a ela entregar produtos de qualquer variedade do fabricante, o que resultaria na escolha do produto mais barato conforme a oferta do

mercado. Tal procedimento fere o princípio da competitividade, uma vez que tal artifício permite ao fornecedor oferecer um preço mais competitivo, porém em desacordo com o pedido no edital. O edital, no item 7.1 determina a desclassificação de propostas que 'sejam omissas, apresentem irregularidades ou defeitos capazes de dificultar o julgamento', uma vez que os itens 5.3.2 c/c 5.3.2.1 do mesmo edital deixa clara a exigência da descrição detalhada com indicação da marca, fabricante e procedência'.

**7.3.1** Ainda com referência à irregularidade supra, a signatária acrescenta que 'o item 60, geleia de mocotó, foi solicitado em **embalagem 200g**. O fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF novamente apresentou proposta em desacordo com o estipulado no edital, porém, nesse caso, a embalagem fornecida pelo fabricante possui somente **180g**. Somente nesse caso, **o prejuízo da Administração é da ordem de 10% no quantitativo a se receber**'.

**7.3.2** Aqui, uma vez mais, a Administração do C9ªRM concorreu para a frustração do caráter competitivo do certame, aceitando produtos cotados em condições inferiores às previstas no edital, sem, contudo, oferecer oportunidade aos demais licitantes de também oferecer os mesmos produtos nas novas condições aceitas, da mesma forma como se verificou quanto aos produtos aceitos em embalagens e acondicionamentos diferentes dos originalmente exigidos, conforme acima relatado.

**7.3.3** Observando-se a ata do pregão constante da Peça 3, com relação, especificamente, aos itens 55 a 57 (páginas 141/145), verifica-se, de fato, que a alegação da Comercial Arakaki Ltda. tem procedência. Ao passo em que a signatária, para todos esses itens, indicou a marca e o fabricante dos produtos cotados, de acordo com o edital (ex: marca 'Sucrilhos', fabricante 'Kellogs'), a empresa Youssif Amim Youssif, somente indicou o fabricante, no caso, 'Kellogs'.

**7.3.4** Todavia, no que concerne ao item 60 do Grupo 1 (geleia de mocotó), a análise da Ata (Peça 3/página 148) não permite, por si só, vislumbrar a irregularidade narrada, pois a empresa Youssif Amim Youssif cotou o produto da marca e fabricante 'Olé', na embalagem de 200g, conforme previsto no edital. Porém, em consulta a sites de busca na *internet* ([www.google.com.br](http://www.google.com.br)), lançando-se os termos 'geleia de mocotó olé', é possível vislumbrar que, de fato, conforme assevera a signatária, o pote comercializado contém apenas 180g, o que demonstra, novamente, que o órgão promotor da licitação aceitou produto cotado em desconformidade com as especificações exigidas no edital.

**7.3.5** E, em agindo da mesma forma, incorreu, uma vez mais, em prática contrária aos mandamentos legais e jurisprudenciais que regem os atos da Administração Pública Federal quanto a licitações e contratos, conforme já descrito anteriormente quando do exame da **primeira irregularidade**, materializado pela infringência aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, conforme manda a Lei nº 8.666/1993, art. 3º, § 1º, I, bem como toda uma série de julgados do Tribunal atinentes à matéria, restando prontamente caracterizada a irregularidade apontada pela signatária.

**7.4** Já quanto à **quarta irregularidade**, a signatária dá ciência da 'aceitação de proposta com preços manifestamente inexequíveis, conforme delineado no recurso dirigido ao ordenador de despesas da 9ª RM'. No aludido recurso, a Comercial Arakaki Ltda. apresenta um quadro ilustrativo das propostas acima, a seguir reproduzido, como acréscimo de que, após análise mais detida da Ata do Pregão, constatou-se que a proposta da empresa Youssif Amim Youssif, para esses itens, continha um preço exatamente idêntico ao valor de referência estimado no edital e que, somente na fase de lances, a referida empresa apresentou esses preços indicados no quadro abaixo, considerados, a princípio, inexequíveis.

**Quadro 1: Preços ofertados pelo fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF**

Item	Descrição do Produto	Unid. Forn.	Preço YOUSSEIF Proposta Inicial (R\$)	Preço YOUSSEIF Fase de Lances (R\$)	Preço Edital (R\$)
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 3,6 kg.	Balde	34,50	3,00	34,50
14	Bacalhau do Porto.	Kg.	69,00	5,60	69,00
16	Bacon defumado, ingredientes carne suína, apresentação defumado fatiado.	Kg.	15,08	3,80	15,08
21	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	Kg.	19,00	5,20	19,00
23	Carne <i>in natura</i> , origem animal, tipo camarão médio s/ casca e s/ cabeça.	Kg.	48,50	5,59	48,50
30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	Kg.	49,00	8,60	49,00
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício.	Kg.	41,00	3,80	41,00
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício.	Kg.	53,00	12,40	53,00
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade	Kg.	21,28	9,00	21,28
41	Cogumelo em conserva, embalagem de 500g.	Un.	14,78	7,70	14,78
63	Granola caixa com 50 sachês de 30g.	Cx 1,5 Kg.	26,39	6,00	26,39

**7.4.1** O artigo 48, II, da Lei 8.666/1993, reza que serão desclassificadas as propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (grifo nosso)

**7.4.2** Ademais, deve-se observar que o próprio edital estabelecia, no subitem 9.6, os critérios para desclassificação por inexecutabilidade e que estabelecia, conforme exige a jurisprudência do Tribunal (Súmula 262), a necessidade de realização de diligência, com vistas a comprovar a exequibilidade dos preços propostos, sendo que, na situação prevista no subitem 9.6.4 (preço final inferior a 30% da média dos preços ofertados para o item), tal diligência seria obrigatória.

**7.4.3** Observando-se a ata (peça 3), em especial as mensagens trocadas entre o pregoeiro e os licitantes, observou-se a situação prevista no subitem 9.6.4 com relação aos preços cotados pela Youssif Amim Youssif, em que pese com outros produtos em disputa que não os elencados no quadro acima (itens 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268 do Grupo 5 e itens 118, 130, 133, 135 e 137 do Grupo 2), circunstância que levou o pregoeiro a solicitar à licitante que comprovasse a exequibilidade de sua proposta (p. 505), destacando-se que não há informações na ata sobre a resposta da empresa bem como a análise efetivada pelo pregoeiro, com relação à exequibilidade dos preços cotados.

**7.4.4** Diante do texto acima grifado, basta que seja lançado rápido olhar para o quadro acima, apresentado pela signatária, para que se perceba a impraticabilidade dos preços ofertados pelo licitante vencedor, muito abaixo da estimativa, destacando-se que, para alguns dos itens citados, foram feitas cotações em valores inferiores a 10% (dez por cento) dos preços sugeridos pela Administração do C9ªRM, que, sabe-se, é elaborado previamente com base em tabelas indicativas de preços médios praticados no mercado, e, ainda que se aceitem pequenas oscilações dos preços de diversos fornecedores, o percentual acima indicado não pode, por

óbvio, ser dessa maneira considerado. Diante disso, materializada afronta ao citado dispositivo legal, restando caracterizada, uma vez mais, a irregularidade apontada pela signatária.

**7.5** A **quinta irregularidade**, por sua vez, diz respeito à ocorrência de majoração da proposta de preços após encerrada a fase de lances, em descumprimento ao item 8.2.1 do Edital, que previa que 'posteriormente será permitida a adequação dos preços na convocação do anexo, desde que o valor do grupo seja igual ou inferior ao cotado na etapa de lances e nenhum item seja superior ao de referência'. (grifo nosso)

**7.5.1** De fato, tal procedimento, conhecido como 'jogo de planilha', não encontra amparo, tanto no edital de licitação, como na legislação que regula a matéria, sem olvidar a jurisprudência pacificada desta Corte de Contas, já que o mesmo pode permitir sejam abertas brechas para que, no futuro, sejam feitos aditamentos nos respectivos contratos, gerando aumento indesejado de despesas, dando-se o devido destaque a excerto do Manual de Licitações e Contratos do TCU (4ª edição, p. 483/484), donde consta que ocorre jogo de planilha, em princípio, pela cotação de altos preços para itens que o licitante sabe que serão alterados para mais, isto é, acrescidos nos quantitativos, e de baixos preços para aqueles que não serão executados ou reduzidos ... esse tipo de artifício tem permitido, sob o manto do interesse público, que proposta com valor global baixo torne-se vencedora da competição. Deve o gestor, portanto, cuidar-se para que contratação dessa natureza não se concretize.

**7.5.2** Deve-se demonstrar também que a licitante se utilizou do expediente de majoração de preços, após encerrada a fase de lances, para vencer todos os grupos que lhes foram adjudicados, pois os gêneros alimentícios objeto do certame estavam divididos em 6 grupos; desses seis, a empresa Youssif Amim Youssif teve adjudicado em seu favor cinco (Grupos 1 a 5), estando demonstrado no quadro 2 – subitem 7.5.7 que, em todos esses grupos, utilizou-se do citado subterfúgio. Destaque-se que tal prática, de fato, estava assegurada no item 8.2.1 do edital, desde que o valor do grupo ficasse igual ou inferior ao cotado na etapa de lances. Isso porque, apesar de a disputa ser por itens, a adjudicação se dava por grupo. E, observando-se a ata, verifica-se que não houve descumprimento ao item 8.2.1:

Grupo 1: melhor lance: R\$ 870.092,49; valor negociado: R\$ 870.092,17

Grupo 2: melhor lance: R\$ 139.763,28; valor negociado: R\$ 139.760,74

Grupo 3: melhor lance: R\$ 473.451,78; valor negociado: R\$ 470.517,78

Grupo 4: melhor lance: R\$ 174.866,50; valor negociado: R\$ 174.886,45

Grupo 5: melhor lance: R\$ 891.364,15; valor negociado: R\$ 891.166,14

**7.5.3** Portanto, forçoso concluir que, em última análise, não houve descumprimento ao edital, o que não significa que o procedimento não esteja eivado de vícios. Está, pois o próprio subitem editalício (8.2.1) é totalmente descabido por dois motivos: o primeiro diz respeito à inexistência de possibilidade legal de negociação entre o pregoeiro e o licitante para que se majore os preços inicialmente cotados. Observe-se que o art. 4º, inc. XVII, da Lei nº 10.520/2002, que é a lei que regulamenta o pregão, estabelece que o *'pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor'*. Na mesma linha vai o disposto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005 (Regulamento do Pregão Eletrônico). Deve-se buscar preço melhor para a Administração, ou seja, cabe ao pregoeiro buscar que o licitante abaixe o preço inicialmente cotado. (grifo nosso)

**7.5.4** O outro motivo diz respeito à falta de isonomia na competição, durante a fase de lances. Isso porque, como já exposto, apesar de a adjudicação se dar por grupo, a disputa se deu por item. Assim, é totalmente inadmissível que uma empresa se sagra vencedora na disputa (por item), oferecendo uma oferta mais vantajosa à Administração, comparada com as demais

licitantes, e, após encerrada a fase de lances, quando se inicia a negociação com o pregoeiro para obtenção de preços mais vantajosos à Administração, admita-se que aquele valor, pelo qual a licitante venceu a disputa, seja majorado, inclusive para valores superiores aos cotados por outras licitantes.

**7.5.6** Nesse sentido, tome-se como exemplo o caso do item 13 do Grupo 1 (azeitona). A empresa Youssif Amim Youssif ofereceu lance de R\$ 34,50 e posteriormente, de R\$ 3,00, valor pelo qual venceu a disputa nesse item. Após a negociação, esse preço foi 'ajustado' para R\$ 30,00, ao passo que a empresa signatária tinha cotado o item a R\$ 30,00 e, posteriormente, oferecido lance de R\$ 25,00, ou seja, inferior aos R\$ 30,00 ajustados com a vencedora após a negociação. Naturalmente, negociar para cima os preços obtidos significa infringir os dispositivos supramencionados e o princípio da isonomia, por não permitir uma disputa em igualdade de condições aos licitantes participantes do certame.

**7.5.7** Em resumo, assim como nos demais tópicos analisados, cumpre razão à signatária quando afirma que o referido procedimento é ilegal. Como ilustração das argumentações aduzidas pela Comercial Arakaki Ltda., segue abaixo quadro demonstrativo de preços contratados pelo C9ªRM cujos preços foram posteriormente majorados:

**Quadro 2: Preços contratados junto ao fornecedor YOUSSEIF AMIM YOUSSEIF cujos preços foram posteriormente majorados:**

Item	Descrição do Produto	Unid. Forn.	Preço Ofertado (R\$)	Preço Pago (R\$)
<b>GRUPO 1</b>				
10	Azeitona, tipo preta, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero.	Kg.	10,00	12,00
11	Azeitona, tipo preta, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, em embalagem de 3,6 kg.	Balde.	10,00	30,00
12	Azeitona, tipo verde, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero.	Kg.	6,00	12,00
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, em embalagem de 3,6 kg.	Balde.	3,00	30,00
14	Bacalhau do Porto.	Kg.	5,60	55,00
16	Bacon defumado, ingredientes carne suína, apresentação defumado fatiado.	Kg.	3,80	14,00
18	Cafê, tipo solúvel, apresentação granulado, tipo embalagem comum.	Frasco 400g.	6,00	11,00
20	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação defumado.	Kg.	8,90	26,00
21	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	Kg.	5,20	11,00
23	Carne <i>in natura</i> , origem animal, tipo camarão.	Kg.	5,59	35,00
26	Carne <i>in natura</i> , origem animal, tipo porco.	Kg.	6,78	13,00
28	Carne porco <i>in natura</i> , tipo toucinho, apresentação defumado	Kg.	4,80	12,50
30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	Kg.	8,60	26,98
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício.	Kg.	3,80	23,90
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício.	Kg.	12,40	22,00
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade	Kg.	9,00	18,00
49	Condimento, apresentação natural, matéria prima louro, aspecto físico folha seca.	500g	5,90	16,50
56	Flocos de cereal	Um.	5,50	16,95
63	Granola caixa com 50 sachês de 30g.	Cx 1,5 Kg.	6,00	17,75
76	Margarina.	Caixa	4,00	24,50
100	Salame, tipo hamburguês, fatiado.	Kg.	8,00	47,00
<b>GRUPO 2</b>				
122	Manteiga, apresentação pote, tipo extra	Kg.	2,34	6,37
123	Manteiga.	Caixa	6,65	14,80



124	Queijo provolone.	Kg.	2,45	7,47
125	Queijo tipo processado	Caixa	11,00	11,15
126	Queijo ricota.	Kg.	3,55	5,51
127	Queijo frescal.	Kg.	2,34	6,19
128	Queijo coalho.	Kg.	2,90	6,84
129	Queijo mussarela.	Kg.	2,45	5,52
130	Queijo brie.	Kg.	2,34	7,72
131	Queijo coalho.	Kg.	3,40	7,55
132	Queijo minas.	Kg.	2,44	5,91
135	Queijo gouda.	Kg.	3,45	8,70
136	Queijo parmesão.	Kg.	3,45	8,90
138	Requeijão	Copo	1,65	1,77
<b>GRUPO 3</b>				
140	Água de coco	Embalagem	1,45	1,80
141	Água mineral	Garrafão	4,50	5,61
144	Água mineral	Garrafa 500 ml	0,75	1,00
146	Água mineral	Garrafa 1,5l	1,45	1,86
147	Dieta balanceada	Embalagem	1,45	3,00
150	Refrigerante	Embalagem	3,00	3,95
157	Refrigerante	Lata	1,23	1,75
159	Refrigerante	Garrafa	2,35	3,00
161	Suco de abacaxi.	Balde 20 lt	4,99	35,00
164	Suco de acerola	Embalagem 1 l	3,00	3,50
165	Suco de caju.	Balde 20 lt	4,99	35,00
166	Suco de caju	Caixa 1l	3,00	3,50
169	Suco de laranja.	Balde 20 lt	3,55	35,00
172	Suco de manga	Caixa 1l	3,00	3,50
173	Suco de maracujá.	Balde 20 lt	3,40	35,00
175	Suco de maracujá	Caixa 1l	3,00	3,50
176	Suco de pêssego	Caixa 1l	3,00	3,50
178	Suco de tangerina.	Balde 20 lt	5,50	35,00
181	Suco variado	Caixa 1l	3,45	3,50
189	Suco de polpa de abacaxi	Pacote	5,50	7,80
190	Suco de polpa de acerola	Pacote	5,50	7,80
191	Suco de polpa de caju	Pacote	5,50	8,40
192	Suco de polpa de goiaba	Pacote	5,50	7,20
194	Suco de polpa de tamarindo	Pacote	5,50	7,20
195	Suco de goiaba.	Balde 20 lt	4,00	35,00
196	Suco de polpa de goiaba	Caixa	3,45	3,50
199	Suco de groselha.	Balde 20 lt	3,45	40,00
<b>GRUPO 4</b>				
204	Copo descartável	Pacote	1,40	1,55
210	Marmitta descartável.	Caixa	5,50	13,40
<b>GRUPO 5</b>				
225	Amendoim <i>in natura</i> .	Kg.	3,50	7,90
226	Amido	Caixa	2,45	5,50
227	Aveia	Embalagem	3,00	3,50
228	Batata frita embalada	Pacote	1,75	2,00
229	Adoçante.	Caixa	21,00	48,00
238 a 247	Barra de cereal, diversos sabores.	Un.	0,65	1,00
250	Batata frita embalada	Pacote	4,00	5,00
253	Biscoito mini waffer.	Caixa	2,03	11,00
256	Biscoito salgado	Pacote	2,00	2,20
259	Biscoito de chocolate	Pacote	2,00	3,00
260	Biscoito tipo champagne	Pacote	2,00	2,50
262	Biscoito água e gergelim	Pacote	2,40	3,00
263	Biscoito maisena	Pacote	2,40	3,55
268	Bolo alimentício	Un.	1,55	2,45

272	Chocolate em pó.	Cx 450g.	2,55	5,25
276	Chocolate caju e passas ao rum	Embalagem	2,55	3,00
279	Chocolate ao leite	Kg	12,23	13,00
281	Creme arroz	Embalagem	2,45	5,55
290	Doce de banana.	Kg	4,76	6,50
291	Doce de caju.	Kg	5,70	6,50
292	Doce de figo	Embalagem	5,55	5,80
295	Doce de abóbora cremoso.	Lata.	12,35	19,00
296	Doce de banana cremoso.	Lata.	12,45	18,00
298	Doce de amendoim	Kg	5,75	6,25
300	Doce de amendoim	Kg	4,55	6,25
302	Doce de leite	Kg	5,40	6,25
303	Doce de coco e chocolate	Kg	4,40	6,25
305	Doce de leite	Kg	5,65	6,25
306	Goiabada	Kg	5,80	8,50
308	Marrom glacê	Caixa	4,55	5,50
311	Farinha aveia	Kg	4,55	7,00
312	Farinha aveia em flocos	Kg	5,55	7,00
314	Farinha de rosca	Kg	4,00	4,50
320	Farinha de milho	Kg	1,80	2,50
325	Farinha pré-cozida de milho – polenta	Kg	2,45	2,50
337	Gelatina alimentícia	Kg	5,45	6,50
338	Gelatina alimentícia dietética	Kg	5,55	7,50
341	Geleia	Caixa	22,85	30,00
352	Mistura alimentícia	Embalagem	2,45	2,70
354	Mistura alimentícia sabor banana	Embalagem	2,34	2,70
357	Mistura alimentícia para bolo	Embalagem	2,45	4,00

**7.6** Por fim, quanto à **sexta e última irregularidade** apontada pela signatária, trata-se da alegação de cerceamento de defesa, pois sustenta que 'o pregoeiro abriu o prazo para intenção de recurso para o grupo 01, o qual encontrava-se aceito e habilitado, sendo que três licitantes interpuseram suas intenções tempestivamente, no entanto, o pregoeiro indeferiu TODAS as intenções de recurso, ferindo garantia constitucional'.

**7.6.1** Primeiramente, por intermédio da licitante Carraro e Cia Ltda. – ME, CNPJ: 14.883.983/0001-66, foi impetrada intenção de recurso 'contra habilitação da empresa vencedora por não apresentar documentos solicitados no edital', ao que o Pregoeiro rejeitou com a argumentação de 'a intenção de recurso por não estar motivada e não apresentar quais os itens do edital não foram cumpridos, não tendo como este pregoeiro analisar a referida intenção'.

**7.6.2** A segunda, advinda da licitante Forte Comércio de Carnes e Derivados Ltda., CNPJ: 06.232.079/0001-62, foi movida sob a alegação de que 'os itens 10, 11, 12, 13, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 56, 76, 77 e 100 do grupo 1 apresentam valores inexequíveis, ficando muito abaixo dos valores comercializados', ao que o pregoeiro também rejeitou alegando que 'de acordo com o item 9.6.4 do edital, a proposta ajustada encaminhada pelo vencedor do grupo, não apresentou os itens 10, 11, 12, 13, 14, 16, 20, 21, 22, 23, 26, 56, 76, 77 e 100, preços inferiores a 30% (trinta por cento) da média dos preços ofertados pelas empresas concorrentes'.

**7.6.3** Por fim, a terceira intenção de recurso, impetrada pela própria Comercial Arakaki Ltda., baseou-se no pedido de 'que seja concedido o prazo de 3 dias para que sejam apresentadas razões de recurso, por entender que a empresa vencedora não atendeu alguns itens do edital', que o pregoeiro também rejeitou devido ao fato de 'não estar motivada e fundamentada'. Ressalte-se que a signatária, quando do pleito, alertou que 'não foi possível detalhar melhor a intenção devido à exiguidade de caracteres', pois o sistema adotado permite no máximo textos com 500 (quinhentos) caracteres.

**7.6.4** Com referência à recusa de recebimento das referidas intenções de recurso, dever comentar que, com efeito, tendo o pregoeiro competência para receber, examinar e decidir os recursos, consoante disposto no inc. VII do art. 11 do Decreto 5.450/2005, não se pode negar que possui esse agente competência para proceder a juízo de admissibilidade da chamada 'intenção de recurso', que nada mais é do que o próprio recurso, com sua devida motivação, mas ainda desprovido das respectivas razões recursais, as quais devem ser apresentadas no prazo de 3 (três) dias, conforme previsto no art. 26, *caput*, da mesma norma.

**7.6.5** Todavia, o juízo de admissibilidade deve se limitar à verificação acerca de o recurso aviado preencher ou não os pressupostos recursais aplicáveis à espécie. Inclusive, sobre a matéria em debate, o Tribunal já fez as seguintes considerações (grifos nossos):

'REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR EMPRESA LICITANTE NOS TERMOS DO ART. 113, § 1º, DA LEI 8.666/1993. PREGÃO ELETRÔNICO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DE FALHAS NO COMPRASNET. PROCESSAMENTO DO RECURSO NO PREGÃO. IMPROCEDÊNCIA. OBSERVÂNCIA DE FALHAS FORMAIS NÃO INDICADAS PELA REPRESENTANTE. DETERMINAÇÕES'.

(...)

2. **Compete ao pregoeiro verificar os requisitos de admissibilidade quando da manifestação da intenção de recorrer por parte de licitante**, que será sempre objeto de novo exame quando da adjudicação e homologação da licitação pela autoridade superior.

#### **Voto do Ministro Relator**

(...)

14. **Os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mais recentes têm, contudo, admitido ser possível ao pregoeiro negar seguimento ao recurso se verificar-se o não preenchimento dos requisitos de admissibilidade necessários ao seu conhecimento.** Nessa linha, somente após ultrapassado o exame de admissibilidade e na eventualidade de ser conhecido o recurso em razão do preenchimento dos pressupostos recursais, como por exemplo, **sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação**, é que caberia ao pregoeiro dar seguimento ao recurso, decidindo sobre a manutenção ou não da decisão recorrida (juízo de retratação) e, por conseguinte, encaminhando o expediente recursal à autoridade competente para posicionar-se quanto ao seu mérito se mantiver sua decisão mesmo diante das razões recursais (julgamento do recurso).

(...)

19. **Acerca da questão, verifico que em exame recente de outro caso concreto, este Tribunal entendeu que, dentre as prerrogativas do pregoeiro, no exame de admissibilidade dos recursos interpostos contra suas decisões, insere-se o exame do mínimo de plausibilidade dos motivos indicados a fim de decidir sobre seu seguimento**, conforme se dessume do Acórdão 1.440/2007 - Plenário, proferido na sessão do dia 27/7/2007, especialmente, do seguinte excerto constante de seu voto condutor:

(...)

3. Desse modo, duas questões devem ser examinadas: a primeira, **se o Pregoeiro possui competência para fazer o exame de admissibilidade da intenção de recorrer**; e a segunda, se o preço da proposta vencedora era ou não inexequível.

4. Passo ao exame da primeira questão.

5. Quanto ao mérito, verifica-se que o inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/2002 determina expressamente que ‘o licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer’, devendo, no prazo de três dias, apresentar as razões do recurso. No entanto, referida norma não define a quem caberia fazer o juízo de admissibilidade do recurso, nem a quem o mesmo seria endereçado.

6. Entretanto, o Decreto 5.450/2005, ao regulamentar o pregão eletrônico na administração pública, determinou expressamente no art. 11, inciso VII, que caberá ao pregoeiro, dentre outras atribuições, ‘receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando a autoridade competente quando mantiver sua decisão’. **Verifica-se, desse modo, que o exame da admissibilidade do recurso foi atribuído ao pregoeiro, enquanto o exame de mérito, caso seja ultrapassada a primeira fase, constitui atribuição da autoridade superior**, consoante previsto, inclusive, no inciso IV do art. 8º do mesmo Decreto.

(...)

**8. Ao proceder ao exame de casos concretos sobre o tema, tendo em conta as normas acima mencionadas, o TCU já se manifestou no sentido de que o juízo de admissibilidade dos recursos interpostos em procedimentos de pregão pode ser realizado pelo pregoeiro. Como já foi assinalado, a finalidade da norma, ao autorizar o pregoeiro examinar previamente a admissibilidade do recurso, é afastar do certame aquelas manifestações de licitantes de caráter meramente protelatório, seja por ausência do interesse de agir, demonstrada pela falta da necessidade e da utilização da via recursal, seja por não atender aos requisitos extrínsecos, como o da tempestividade.**

(...)

**11. Não se trata aqui de um exame do mérito do recurso, visto que esse cabe ao superior, mas de verificar se os motivos apresentados na intenção de recorrer possuem, em tese, um mínimo de plausibilidade para seu seguimento.** Esta é a melhor exegese da expressão ‘motivadamente’ contido no art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/2002, pois são inúmeros os casos em que o próprio pregoeiro tem plenas condições de negar seguimento ao recurso em um exame simples dos fundamentos apresentados. Cabe ao interessado não esgotar os seus fundamentos, mesmo porque os prazos concedidos não podem ser excessivamente dilatados para esse fim, mas deve, dentro do possível apresentar motivação que demonstre o mínimo da plausibilidade de seus argumentos que justifique o seguimento do recurso'. (Acórdão nº 3.258/2007 – 1ª Câmara. Relator: Auditor Augusto Sherman Cavalcanti)

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DE DOCUMENTOS NA FASE DE HABILITAÇÃO RESTRITIVOS AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO PREGÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

(...)

**4. Contraria o art. 4º, inciso XVIII, da Lei n. 10.520/2002 o não-conhecimento de recurso interposto por licitante contra ato de pregoeiro, quando o interessado declara e expõe claramente as razões de seu inconformismo com a decisão atacada.**

**Voto do Ministro Relator**

(...)

23. Quanto ao fato de não se ter aceito a manifestação de intenção de interpor recurso das empresas Milênio Assessoria Empresarial Ltda. e ZL Ambiental Ltda. (subitem 3.3 desta Proposta de Deliberação), **observo, na ata de fls. 304/305, v. 1, que cada um dos motivos de descontentamento foram avaliados no mérito pelo pregoeiro.**

24. No Voto que amparou o recente Acórdão n. 3.151/2006 - 2ª Câmara, foi discorrido sobre as hipóteses para a não-admissibilidade de recurso interposto em pregão eletrônico. **Segundo o Relator, 'a finalidade da norma [art. 26, § 1º, do Decreto 5.450/2005, que regulamentou o pregão na forma eletrônica] é permitir ao pregoeiro afastar do certame licitatório aquelas manifestações de licitantes que, à primeira vista, revelam-se nitidamente protelatórias seja por ausência do interesse de agir, demonstrada pela falta da necessidade e da utilidade da via recursal, seja por ausência de requisitos extrínsecos como o da tempestividade”.**

**7.6.6** Como se pode perceber dos julgados acima, muito bem definidas as atribuições do pregoeiro, salientando-se que, no presente caso, não se apresentam configuradas quaisquer razões de natureza meramente protelatórias no bojo dos recursos impetrados pelas licitantes. Ao contrário, conforme exposto ao longo desta instrução, sobejam razões para as referidas impetrações, não sendo cabível a ação do pregoeiro de se recusar a conhecer das peças recursais alegando falta de motivação.

**7.6.7** Assim, como se observa nas razões expostas pelo pregoeiro para rejeitar as intenções de recurso apresentadas pelas licitantes, conclui-se que este agente não se limitou tão somente à análise acerca do preenchimento ou não dos pressupostos recursais, tendo sua análise adentrado o mérito das intenções manifestadas, procedimento que se afigura indevido, uma vez que, preenchidos os requisitos de admissibilidade recursais, o art. 26, *caput*, do Decreto 5.450/2005, garante aos licitantes a concessão do prazo de 3 (três) dias para apresentarem as respectivas razões recursais, nos seguintes termos (grifo nosso):

*Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, **quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso**, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses.* (grifo nosso)

**7.6.8** Ressalte-se que estavam presentes em todas as intenções de recurso manifestadas os pressupostos antes mencionados. Ou seja, havia **legitimidade**, vez que as empresa signatárias haviam participado da licitação; havia **interesse e sucumbência**, vez que a decisão do pregoeiro era lesiva aos interesses de todos os licitantes; houve a devida **motivação** por parte das recorrentes; e, por fim, todas as intenções de recurso foram apresentadas **tempestivamente**. Desta feita, denota-se que o juízo de admissibilidade levado a efeito pelo Pregoeiro adentrou, indevidamente, o mérito recursal, em infringência ao disposto no já citado art. 26, *caput*, do Decreto 5.450/2005.

#### **III.4 - Da Ata Assinada (Peça 03/páginas 01/507)**

**8.** Após finalizados todos os trâmites atinentes ao certame em comento, foi assinada, em 19/07/2012, a respectiva Ata de Realização do Pregão Eletrônico nº 06/2012, onde se constata, após consulta ao Sistema SIASG, em 25/07/2012, que a mesma contabiliza 401 (quatrocentos e um) itens, no valor total de R\$ 3.030.620,59 (três milhões, trinta mil, seiscentos e vinte reais e cinquenta e nove centavos), com validade de 19/07/2012 a 18/07/2013.

#### **III.5 - Da Medida Cautelar**

**9.** Pois bem. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, *'o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o*

*mérito da questão*. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. E, analisando-se os elementos apresentados pela signatária, verifica-se que há, nos autos, os pressupostos acima mencionados, conforme abaixo demonstrado.

#### **Do fumus boni iuris**

**10.** Quando do exame da **primeira e da terceira irregularidades**, tratadas nos **subitens 7.1 e 7.3 supra**, restou plenamente caracterizado o desrespeito aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, todos insculpidos no artigo 3º da Lei 8.666/1993 e no art. 5º do Decreto 5.450/2005, materializado no fato de o C9ªRM ter lançado edital licitatório contendo especificações detalhadas de um produto que almejava adquirir, especificando sua embalagem inclusive, o que obrigou todos os licitantes a apresentarem seus respectivos preços contendo tal informação como referência, para, em seguida, aceitar a proposta de um deles apresentando o mesmo produto em embalagem diferente, mais barata, prejudicando, assim, o direito dos demais licitantes de também oferecerem os produtos em questão, no caso, achocolatado, granola e geleia de mocotó, nas mesmas condições, frustrando o caráter competitivo da licitação.

**11.** Além disso, conforme descrito no **subitem 7.4 supra**, onde foi abordada a **quarta** irregularidade apontada, a Administração aceitou proposta de uma série de produtos com indícios robustos de inexecuibilidade de preços, em flagrante desrespeito ao disposto no art. 48, II, da Lei 8.666/1993, cujo texto diz que serão desclassificadas as *propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado ...*, assim como ao disposto no subitem 9.6 do certame.

**12.** E ainda mais. Quando, no **subitem 7.5 supra**, foi tratada a **quinta irregularidade**, constatou-se ter havido majoração da proposta de preços mesmo após encerrada a fase de lances, com base no subitem 8.2.1 do Edital, que vai de encontro ao disposto na própria finalidade da fase de negociação prevista no pregão (art. 4º, inc. XVII, da Lei 10.520/2002, c/c art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005), que é a de buscar preços mais vantajosos para a Administração, bem como infringe o princípio da isonomia, por não permitir uma disputa em igualdade de condições aos licitantes participantes do certame, não se olvidando do cerceamento de defesa alardeado pela signatária, **sexta irregularidade** tratada, que contou com três intenções de recurso apresentadas e sequer examinadas pelo pregoeiro, em afronta, desta feita, ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, insculpidos na Carta Magna Brasileira. Como se pode ver, está aqui presente o requisito do *fumus boni iuris*, já que a agressão ao direito se fez flagrante.

#### **Do periculum in mora**

**13.** Em primeiro lugar, cumpre abrir espaço para que sejam expostos excertos da legislação atinente ao Sistema de Registro de Preços, objeto do presente certame. Inicialmente, mencione-se o art. 15 da Lei 8.666/1993, cujo texto diz que *'as compras, sempre que possível, deverão: ... II - ser processadas através de sistema de registro de preços; ... V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública*. Os parágrafos seguintes acrescentam que: *§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado; § 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial, e o § 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, ...*, e o *§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão*

*advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.'* (grifos nossos).

14. Destaque ainda, no mesmo artigo, os seguintes parágrafos: '*§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado e § 7º Nas compras deverão ser observadas, ainda: I - a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; II - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação.* (grifo nosso).

15. E o Decreto 3.931/2001, que, conforme mencionado, regulamenta o Sistema de Registro de Preços, conforme o § 3º do artigo 15 da Lei 8.666/1993, em seu artigo 8º, reza que '*a Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem*'. O seu parágrafo primeiro, por sua vez, dá conta que '*os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da Ata de Registro de Preços, deverão manifestar seu interesse junto ao órgão gerenciador da Ata, para que este indique os possíveis fornecedores e respectivos preços a serem praticados, obedecida a ordem de classificação.*' (grifos nossos).

16. Convém salientar que a assinatura da Ata de Registro de Preços não significa que as eventuais contratações decorrentes do registro de preços já tenham sido formalizadas. Isso porque, segundo estabelece o art. 11 do Decreto 3.931/2001, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei 8.666/1993, 'a contratação com os fornecedores registrados (...) será formalizada pelo órgão interessado, por intermédio de instrumento contratual, emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento similar, conforme o disposto no art. 62 da Lei 8.666, de 1993' e no item 17.1 do edital, o que ainda não aconteceu.

17. Como se depreende dos dispositivos legais supramencionados, a legislação permite que outros órgãos e/ou entidades da Administração se aproveitem da Ata de Registro de Preços gerenciada por outro órgão e/ou entidade, o que, cumpre ressaltar, trata-se de prática salutar, com o fito de reduzir os custos da gestão pública, bem como conferir-lhe mais agilidade. Ocorre que, quando se formaliza o referido procedimento com preços em desalinho com o mercado ou manifestamente inexequíveis, tem-se que os vícios contidos em um determinado certame licitatório podem espalhar-se por toda a Administração, ou, pelo menos, por boa parte dela, já que a adesão ao certame alheio foi franqueada pela lei.

18. E, em reforço ao acima comentado, cumpre informar, em conversa telefônica mantida com o Major Carlos Alberto Moreira, Chefe da Seção de Licitações do Comando da 9ª Região Militar, foi-nos informado que, apesar de a ata em comento já ter sido devidamente assinada pelas partes, ainda não havia sido realizado nenhum fornecimento dos bens cujos preços estão registrados. E, conforme acima citado, o § 4º do artigo 15 da Lei 8.666/1993 ressalta que '*a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir*', ou seja, apesar de a Ata do Pregão já ter sido assinada pelas partes, não há a obrigatoriedade de se concretizar qualquer compra de materiais; todavia, devido à efetiva possibilidade de que se concretizem tais fornecimentos, mostra-se patente a necessidade de adoção de medida cautelar com vistas à suspensão dos efeitos da Ata do Pregão 06/2012, especificamente com relação aos Grupos 1 a 5, adjudicados à empresa Youssef Amim Youssef.

19. Tal medida, considerando que o certame já foi concluído, deve ser implementada com o fito de impedir que o órgão gerenciador e os órgãos participantes indicados nos itens 2.1 e 2.2 do edital, assim como qualquer outro órgão da Administração, efetive aquisições de gêneros alimentícios com fundamento nesse registro de preços. Como se observa, também plenamente caracterizado o requisito do *periculum in mora*. Por fim, com relação ao Grupo 6 (itens 365 a 401), adjudicado à empresa Lanchonete e Padaria Dom Bosco Ltda., ante a ausência de indícios de irregularidades, não há razão para que se impeça a formalização dos eventuais fornecimentos dos gêneros alimentícios.

#### IV - CONCLUSÃO

20. Em primeiro lugar, destaque-se que o documento constante da Peça 01/páginas 01/04 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e, no que tange ao requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, entende-se que tal medida deve ser adotada, por estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. De outra parte, verifica-se que também estão presentes nos autos elementos que caracterizam o *periculum in mora* ao reverso, uma vez que eventual determinação cautelar adotada por este Tribunal envolve interesses de terceiros, no caso, da empresa Youssef Amim Youssef, considerando a expectativa de a mesma vir a ser contratada pela Administração. Entretanto, em função dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado, tais elementos não representam riscos maiores do que aqueles que poderão advir aos cofres públicos em decorrência da não adoção da medida cautelar na forma proposta.

21. A cautelar ora proposta, deve ser adotada sem a oitiva prévia do responsável, prevista no art. 276, § 2º, do Regimento Interno/TCU, tendo em vista a possibilidade de vir a ocorrer grave prejuízo aos cofres públicos, haja vista a possibilidade de outros órgãos e/ou entidades poderem aderir ao Registro de Preços gerenciado pelo C9ªRM, fazendo espalhar os vícios e ilegalidades ali presentes, enquanto estiverem sendo adotadas as medidas necessárias ao exame do mérito.

22. E, tendo em mente a Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal, cumpre também ressaltar que, no presente caso, a empresa contratada, Youssif Amim Youssif, como já informado no parágrafo supra, ainda não efetuou nenhuma venda ao Comando da 9ª Região Militar, apesar de já assinada a respectiva Ata do Pregão, o que demonstra que a mesma não sofrerá qualquer tipo de prejuízo com a adoção da medida cautelar proposta, não havendo necessidade de chamá-la aos autos. Entretanto, sempre tendo em vista o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, convém seja proposta também a oitiva da referida empresa para, caso queira, manifeste-se sobre a presente representação.

23. Em suma, diante dos fatos apurados, deve-se conhecer da presente representação, com a adoção de medida cautelar, *inaudita altera pars*, com vistas à suspensão dos efeitos da ata de registro de preços, com relação aos Grupos 1 a 5, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif até o julgamento do mérito pelo Tribunal, propondo-se, ainda, para melhor análise do mérito da presente representação, a realização de oitiva para que o Comando da 9ª Região Militar e a referida empresa, caso queira, se pronunciem em até 15 (quinze) dias, acerca das irregularidades apontadas, assim como a realização de diligência ao órgão promotor da licitação para que encaminhe cópia integral do Processo Administrativo 64320.005429/2012-03, referente ao Pregão para Registro de Preços 06/2012.

## V - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

24. Ante o exposto, submetemos o presente processo à consideração superior, propondo ao Tribunal a adoção das seguintes medidas:

- a) **conhecer** da presente representação, nos termos dos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno do TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;
- b) determinar **cautelamente** ao Comando da 9ª Região Militar para que suspenda os efeitos da ata de registro de preços decorrente do pregão eletrônico 06/2012, com relação aos Grupos 1 a 5, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif, abstendo-se de efetuar qualquer aquisição dos gêneros alimentícios cujos preços tenham sido registrados nesses grupos, assim como de permitir que quaisquer órgãos/entidades da Administração Pública utilizem a referida Ata, nos termos do art. 8º do Decreto 3.931/2001, até o julgamento do mérito pelo Tribunal, nos termos do art. 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU;
- c) com fulcro no artigo 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, seja promovida a oitiva dos responsáveis abaixo, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, pronunciem-se acerca das seguintes ocorrências, todas ocorridas no âmbito do pregão eletrônico 06/2012, apresentando a esta Corte de Contas a respectiva documentação:

### RESPONSÁVEIS:

Sr. André Dilélio Goulart, CPF: 530.351.000-04 - Pregoeiro do Pregão eletrônico nº 06/2012; e

Sr. Nivaldo Viana Gramosa, CPF: 002.749.477-22 - responsável pela homologação do resultado do Pregão Eletrônico nº 06/2012.

c.1) aceitação de produtos cotados pela licitante Youssif Amim Youssif com especificações diversas às previstas no edital de licitação, em infringência ao disposto no art. 43, IV, e art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, frustrando o caráter competitivo do certame, em desobediência aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005:

c.1.1) achocolatado marca “Muky”, o qual não é comercializado em lata, conforme exigido no edital (item 1 do Grupo 1);

c.1.2.) cereal natural (granola) marca “Vitão”, o qual não é comercializado em sachês de 30g, conforme exigido no edital (item 63 do Grupo 1);

c.1.3) geleia de mocotó marca “Ole”, a qual não é comercializada em embalagem com 200g, conforme exigido no edital (item 60 do Grupo 1);

c.2) aceitação de produtos sem a especificação contida no Edital, tais como os constantes dos itens 55 a 57 (Grupo 1), nos quais não foi indicada a marca do produto cotado, em infringência ao item 5.3.2.1 do edital, aos arts. 43, IV, e 48, I, da Lei nº 8.666/93, e ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório insculpidos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e no art. 5º do Decreto nº 5.450/2005;

c.3) aceitação de proposta de vários produtos com indícios de inexecutabilidade de preços, tais como os constantes dos itens 13, 14, 16, 21, 23, 30, 35, 37, 39, 41 e 63 (Grupo

1), conforme se observa no quadro a seguir, assim como nos itens 169, 178, 216, 217, 218, 223 e 268 (Grupo 5) e itens 118, 130, 133, 135 e 137 (Grupo 2);

Item	Descrição do Produto	Unid. Forn.	Preço YOUSSEF (R\$)	Preço Edital (R\$)
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, embalagem de 3,6 kg.	Balde	3,00	34,50
14	Bacalhau do Porto.	Kg.	5,60	69,00
16	Bacon defumado, ingredientes carne suína, apresentação defumado fatiado.	Kg.	3,80	15,08
21	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	Kg.	5,20	19,00
23	Carne <i>in natura</i> , origem animal, tipo camarão médio s/ casca e s/ cabeça.	Kg.	5,59	48,50
30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	Kg.	8,60	49,00
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício.	Kg.	3,80	41,00
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício.	Kg.	12,40	53,00
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade	Kg.	9,00	21,28
41	Cogumelo em conserva, embalagem de 500g.	Un.	7,70	14,78
63	Granola caixa com 50 sachês de 30g.	Cx 1,5 Kg.	6,00	26,39

c.4) aceitação, na fase de negociação, que o lance vencedor tivesse seu preço majorado, com respaldo no item 8.2.1 do edital, conforme se observa no quadro a seguir, em contrariedade ao art. 4º, XVII, da Lei 10.520/2002, c/c o art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, que estabelecem que a negociação deve se pautar pela busca de melhores preços para a Administração, indicando tratamento privilegiado à empresa Youssif Amim Youssif e, conseqüentemente, infringência ao princípio da isonomia, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93 e no art. 5º do Decreto 5.450/2005, por não permitir uma disputa em igualdade de condições a todos os licitantes participantes do certame:

Item	Descrição do Produto	Unid. Forn.	Preço Ofertado (R\$)	Preço Pago (R\$)
<b>GRUPO 1</b>				
10	Azeitona, tipo preta, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero.	Kg.	10,00	12,00
11	Azeitona, tipo preta, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, em embalagem de 3,6 kg.	Balde.	10,00	30,00
12	Azeitona, tipo verde, apresentação com caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero.	Kg.	6,00	12,00
13	Azeitona, tipo verde, apresentação sem caroço, tamanho grande, características adicionais sem tempero, em embalagem de 3,6 kg.	Balde.	3,00	30,00
14	Bacalhau do Porto.	Kg.	5,60	55,00
16	Bacon defumado, ingredientes carne suína, apresentação defumado fatiado.	Kg.	3,80	14,00
18	Café, tipo solúvel, apresentação granulado, tipo embalagem comum.	Frasco 400g.	6,00	11,00
20	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação defumado.	Kg.	8,90	26,00
21	Carne de ave processada, tipo peru, apresentação temperado.	Kg.	5,20	11,00
23	Carne <i>in natura</i> , origem animal, tipo camarão.	Kg.	5,59	35,00
26	Carne <i>in natura</i> , origem animal, tipo porco.	Kg.	6,78	13,00
28	Carne porco <i>in natura</i> , tipo toucinho, apresentação defumado	Kg.	4,80	12,50
30	Chá alimentação, tipo chá de camomila, uso alimentício.	Kg.	8,60	26,98
35	Chá alimentação, tipo erva cidreira, uso alimentício.	Kg.	3,80	23,90
37	Chá alimentação, tipo erva doce, uso alimentício.	Kg.	12,40	22,00
39	Charque, tipo carne seca traseiro bovino, características adicionais resfriada, 1ª qualidade	Kg.	9,00	18,00



49	Condimento, apresentação natural, matéria prima louro, aspecto físico folha seca.	500g	5,90	16,50
56	Flocos de cereal	Um.	5,50	16,95
63	Granola caixa com 50 sachês de 30g.	Cx 1,5 Kg.	6,00	17,75
76	Margarina.	Caixa	4,00	24,50
100	Salame, tipo hamburguês, fatiado.	Kg.	8,00	47,00
<b>GRUPO 2</b>				
122	Manteiga, apresentação pote, tipo extra	Kg.	2,34	6,37
123	Manteiga.	Caixa	6,65	14,80
124	Queijo provolone.	Kg.	2,45	7,47
125	Queijo tipo processado	Caixa	11,00	11,15
126	Queijo ricota.	Kg.	3,55	5,51
127	Queijo frescal.	Kg.	2,34	6,19
128	Queijo coalho.	Kg.	2,90	6,84
129	Queijo mussarela.	Kg.	2,45	5,52
130	Queijo brie.	Kg.	2,34	7,72
131	Queijo coalho.	Kg.	3,40	7,55
132	Queijo minas.	Kg.	2,44	5,91
135	Queijo gouda.	Kg.	3,45	8,70
136	Queijo parmesão.	Kg.	3,45	8,90
138	Requeijão	Copo	1,65	1,77
<b>GRUPO 3</b>				
140	Água de coco	Embalagem	1,45	1,80
141	Água mineral	Garrafão	4,50	5,61
144	Água mineral	Garrafa 500 ml	0,75	1,00
146	Água mineral	Garrafa 1,5l	1,45	1,86
147	Dieta balanceada	Embalagem	1,45	3,00
150	Refrigerante	Embalagem	3,00	3,95
157	Refrigerante	Lata	1,23	1,75
159	Refrigerante	Garrafa	2,35	3,00
161	Suco de abacaxi.	Balde 20 lt	4,99	35,00
164	Suco de acerola	Embalagem 1 l	3,00	3,50
165	Suco de caju.	Balde 20 lt	4,99	35,00
166	Suco de caju	Caixa 1l	3,00	3,50
169	Suco de laranja.	Balde 20 lt	3,55	35,00
172	Suco de manga	Caixa 1l	3,00	3,50
173	Suco de maracujá.	Balde 20 lt	3,40	35,00
175	Suco de maracujá	Caixa 1l	3,00	3,50
176	Suco de pêssego	Caixa 1l	3,00	3,50
178	Suco de tangerina.	Balde 20 lt	5,50	35,00
181	Suco variado	Caixa 1l	3,45	3,50
189	Suco de polpa de abacaxi	Pacote	5,50	7,80
190	Suco de polpa de acerola	Pacote	5,50	7,80
191	Suco de polpa de caju	Pacote	5,50	8,40
192	Suco de polpa de goiaba	Pacote	5,50	7,20
194	Suco de polpa de tamarindo	Pacote	5,50	7,20
195	Suco de goiaba.	Balde 20 lt	4,00	35,00
196	Suco de polpa de goiaba	Caixa	3,45	3,50
199	Suco de groselha.	Balde 20 lt	3,45	40,00
<b>GRUPO 4</b>				
204	Copo descartável	Pacote	1,40	1,55
210	Marmita descartável.	Caixa	5,50	13,40
<b>GRUPO 5</b>				
225	Amendoim <i>in natura</i> .	Kg.	3,50	7,90
226	Amido	Caixa	2,45	5,50
227	Aveia	Embalagem	3,00	3,50
228	Batata frita embalada	Pacote	1,75	2,00
229	Adoçante.	Caixa	21,00	48,00
238 a	Barra de cereal, diversos sabores.	Un.	0,65	1,00

247				
250	Batata frita embalada	Pacote	4,00	5,00
253	Biscoito mini waffer.	Caixa	2,03	11,00
256	Biscoito salgado	Pacote	2,00	2,20
259	Biscoito de chocolate	Pacote	2,00	3,00
260	Biscoito tipo champagne	Pacote	2,00	2,50
262	Biscoito água e gergelim	Pacote	2,40	3,00
263	Biscoito maisena	Pacote	2,40	3,55
268	Bolo alimentício	Un.	1,55	2,45
272	Chocolate em pó.	Cx 450g.	2,55	5,25
276	Chocolate caju e passas ao rum	Embalagem	2,55	3,00
279	Chocolate ao leite	Kg	12,23	13,00
281	Creme arroz	Embalagem	2,45	5,55
290	Doce de banana.	Kg	4,76	6,50
291	Doce de caju.	Kg	5,70	6,50
292	Doce de figo	Embalagem	5,55	5,80
295	Doce de abóbora cremoso.	Lata.	12,35	19,00
296	Doce de banana cremoso.	Lata.	12,45	18,00
298	Doce de amendoim	Kg	5,75	6,25
300	Doce de amendoim	Kg	4,55	6,25
302	Doce de leite	Kg	5,40	6,25
303	Doce de coco e chocolate	Kg	4,40	6,25
305	Doce de leite	Kg	5,65	6,25
306	Goiabada	Kg	5,80	8,50
308	Marrom glacê	Caixa	4,55	5,50
311	Farinha aveia	Kg	4,55	7,00
312	Farinha aveia em flocos	Kg	5,55	7,00
314	Farinha de rosca	Kg	4,00	4,50
320	Farinha de milho	Kg	1,80	2,50
325	Farinha pré-cozida de milho – polenta	Kg	2,45	2,50
337	Gelatina alimentícia	Kg	5,45	6,50
338	Gelatina alimentícia dietética	Kg	5,55	7,50
341	Geleia	Caixa	22,85	30,00
352	Mistura alimentícia	Embalagem	2,45	2,70
354	Mistura alimentícia sabor banana	Embalagem	2,34	2,70
357	Mistura alimentícia para bolo	Embalagem	2,45	4,00

c.5) cerceamento de defesa, em virtude de negativa de aceitação de recursos interpostos por três empresas licitantes, em desacordo com o disposto no art. 26, *caput*, do Decreto 5.450/2005.

d) **oitiva** da empresa Youssif Amim Youssif para que, caso queira, manifeste-se, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre os fatos tratados na presente representação, elencados na alínea *c* da presente proposta;

e) seja feita **diligência** ao Comando da 9ª Região Militar para que encaminhe cópia integral do Processo Administrativo 64320.005429/2012-03, referente ao Pregão para Registro de Preços 06/2012;

f) **alertar** os responsáveis indicados na alínea *c* dessa proposta, que a ausência ou a não aceitação das justificativas que vierem a ser apresentadas, poderá implicar determinação para que se proceda à anulação do registro de preços dos Grupos 1 a 5 do referido certame, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif; e

g) **comunicar** à Comercial Arakaki Ltda. a decisão que vier a ser adotada nestes autos."

6. O diretor da Secex-MS manifestou-se no mesmo sentido que o AuFC responsável pela instrução, destacando as seguintes observações (peça 7):

"A nosso ver, a mera aceitação, pela Administração do Comando da 9ª Região Militar, de produtos cotados com especificações inferiores às previstas no edital da licitação, o que permitiu à licitante declarada vencedora do certame (Grupos 1 a 5) praticar preços inferiores às demais licitantes, já seria motivo suficiente para a adoção da medida cautelar ora pleiteada.

3. Todavia, causa espécie o procedimento adotado no certame de se majorar o lance vencedor, na fase de negociação com o Pregoeiro, após o encerramento da etapa competitiva, pois, conforme bem demonstrado na instrução:

a) tal procedimento contraria o próprio sentido da fase de negociação, que é o de, exatamente, buscar melhores preços para a Administração, conforme estatuído no art. 4º, inc. XVII, da Lei 10.520/02, e no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/05;

b) há clara afronta ao princípio da isonomia, uma vez que não se permite uma disputa em igualdade de condições a todos os licitantes, pois o lance declarado vencedor assim o foi em decorrência de apresentar um preço mais vantajoso para a Administração quando comparado com os demais apresentados no certame, sendo inadmissível que esse preço seja majorado em negociação direta com o Pregoeiro para valores, inclusive, superiores aos cotados pelas demais licitantes. "

## II

7. Conheço da representação em tela, por atender os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, VII, do RI/TCU.

8. Quanto aos fatos examinados, acolho integralmente a análise efetuada pela unidade técnica, acima transcrita, que demonstrou, com propriedade, a ocorrência de graves infrações à legislação vigente, bem como o risco de prejuízos à Administração Pública, mormente se outros órgãos aderirem à ata de registro de preços decorrente do pregão eletrônico 06/2012, conduzido pelo Comando da 9ª Região Militar.

9. Além das questões enfocadas pelo representante e pela unidade técnica, outro aspecto questionável é o critério de julgamento do menor preço por lote/grupo. Em despachos proferidos em representações recentemente examinadas, de minha relatoria (TC 007.251/2012-2 e TC 032.537/2011-5), ao tratar de questão idêntica, consignei:

- a) "a regra básica da modelagem das licitações, como determinam o art. 15, IV, e o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência consolidada deste Tribunal, expressa na Súmula 247, é a do parcelamento da disputa por itens específicos e não por lotes, compostos de diversos produtos ou serviços adjudicados a um único fornecedor; e
- b) não se prestando o registro de preços ao compromisso de pronta aquisição de quantidades determinadas e, dada as características dos materiais a ser adquiridos, não havendo por parte da Administração a necessidade ou obrigação de, a cada aquisição, adquirir todos os itens do lote, não se vislumbra razão para que a adjudicação das propostas não tenha sido realizada de maneira individual, para cada item de material estipulado no termo de referência.'

A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas.

No termo de referência não há qualquer menção às razões de formação dos lotes ou qualquer justificativa para a adoção do julgamento das propostas segundo o menor preço por lote."

10. No caso que ora se examina, consta como justificativa (Anexo A- Termo de Referência – peça 1, pp. 57/58) para a escolha do critério de julgamento "menor preço total por grupo" a economicidade vislumbrada. Entretanto, não resta evidenciado nessa justificativa que a adjudicação do objeto segundo o critério definido implicaria maior competitividade e obtenção de menores preços comparativamente à adjudicação por itens, em observância aos arts. 3º, 15, IV, e 23, § 1º, da Lei 8.666/1993.

11. Portanto, faz-se necessário, também, promover a oitiva do Comando da 9ª Região Militar para que se manifeste sobre a escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item.

12. Comprovada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, impõe-se a adoção de medida cautelar, *inaudita altera pars*, nos termos propostos pela unidade técnica.

13. Assim, determino ao Comando da 9ª Região Militar, com fundamento no art. 276, *caput* e § 3º, do RI/TCU, que suspenda, cautelarmente, os efeitos da ata de registro de preços decorrente do pregão eletrônico 06/2012, relativamente aos grupos 1 a 5, adjudicados à empresa Youssif Amim Youssif, abstendo-se de efetuar qualquer aquisição dos gêneros alimentícios cujos preços tenham sido registrados nesses grupos, assim como de permitir a adesão à referida ata, nos termos do art. 8º do Decreto 3.931/2001, até que este Tribunal decida sobre o mérito desta representação.

14. Determino ainda, com supedâneo no art. 276, § 3º, e no art. 250, V, do RI/TCU, que a Secex-MS promova a oitiva do órgão jurisdicionado e da empresa a qual foram adjudicados os grupos 1 a 5 do pregão eletrônico 06/2012, nos seguintes termos:

- a) Comando da 9ª Região Militar: manifestar-se sobre as ocorrências descritas nas alíneas c.1, c.2, c.3, c.4 e c.5, constantes da proposta de encaminhamento da unidade técnica (peça 6), transcrita neste despacho, bem como sobre a escolha do critério de menor preço registrado por grupo para julgamento das propostas, demonstrando que esse é o critério que conduziria a aquisições mais vantajosas, quando comparado com o critério de menor preço por item, considerando que esta Corte de Contas poderá determinar a anulação do pregão eletrônico 06/2012, grupos 1 a 5, e dos atos subsequentes;
- b) Youssif Amim Youssif: manifestar-se, se assim desejar, sobre as irregularidades descritas na representação em tela, considerando que esta Corte de Contas poderá determinar a anulação do pregão eletrônico 06/2012, grupos 1 a 5, e dos atos subsequentes.

15. Quanto à diligência, esclareço que, por meio da Portaria AUD-WDO 2, de 6/5/2011, deleguei competência aos titulares da unidade técnica para promover diligências, exceto às autoridades mencionadas no § 3º do art. 1º da portaria, cabendo, no caso, à unidade técnica, segundo a análise preliminar que procedeu e o planejamento que traçou para a melhor instrução do processo, avaliar a conveniência e utilidade em requerer ao Comando da 9ª Região Militar a cópia integral do processo administrativo 64320.005429/2012-3, referente ao pregão eletrônico 06/2012.

16. Ressalto o teor do art. 1º, § 4º, da portaria de delegação de competência:

"§ 4º A diligência será promovida de forma a permitir ao diligenciado a perfeita compreensão do que lhe for requerido, devendo o delegatário encaminhar-lhe cópia da instrução e das peças processuais necessárias e cuidar para que o ofício:

I – descreva de forma objetiva e clara as condutas e/ou atos objeto de pedido de esclarecimentos;

II – especifique com clareza as informações requeridas;

III – identifique com precisão os documentos e normas solicitados.

§ 5º O ofício de diligência será, obrigatoriamente, gerado no sistema de comunicações processuais.

§ 6º As diligências e inspeções serão, simultaneamente à remessa ou ao início, comunicadas ao gabinete por meio da caixa postal min-wdo@tcu.gov.br."

Restituam-se os autos à unidade técnica, para as providências cabíveis, devendo ser encaminhada ao Comando da 9ª Região Militar e à empresa Youssif Amim Youssif cópia da instrução e deste despacho.

Brasília, de 2012.

(Assinado Eletronicamente)

**WEDER DE OLIVEIRA**

Relator