

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR NAPOLEÃO DE SOUZA LUZ SOBRINHO,
CONSELHEIRO RELATOR DA 4ª RELATORIA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO TOCANTINS

Ref.: Processo nº 12238/2017

Auditoria que resultou Tomada de Contas Especial

ENEAS RIBEIRO NETO, brasileiro, casado, funcionário público municipal, domiciliado e residente nesta capital, inscrito no CPF sob nº 323.332.261-53, vem, com o devido respeito e acatamento, nos autos do Processo Administrativo nº 12238/2017, dessa Egrégia 4ª Relatoria, em atendimento ao disposto a Auditoria que resultou Tomada de Contas Especial, apresentar defesa ao seu alcance disponível, o que faz em face das razões fáticas e jurídicas a seguir delineadas:

DO TERMO DE OCORRÊNCIA. BREVE RELATO.

Analisando-se detidamente os termos desta referida peça processual, percebe-se que trata-se da análise da regularidade do transporte escolar, apontando especificamente no caso do notificante, o procedimento licitatório que originou o contrato, alegando em síntese, "inexistência de planilha detalhada de custos da prestação de serviços, tanto a autorização quanto a realização do procedimento licitatório sem a planilha de custos detalhada".

PRELIMAR: DA TEMPESTIVIDADE DESTA DEFESA.

Impende-nos atestar quanto a tempestividade da apresentação desta defesa.

PRELIMINAR: DE ILEGITIMIDADE DE PARTE- QUESTIONAMENTO EM RELAÇÃO A INEXISTÊNCIA DE PLANILHA DETALHADA DE CUSTOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Veja que o apontamento feito, diz unicamente em relação ao valor estimado dos itens, sob alegação da "INEXISTÊNCIA DE PLANILHA DETALHADA DE CUSTOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS".

O respondente é parte absolutamente ilegítima para figurar no polo passivo dos presentes autos.

Antes de adentrar ao mérito do questionamento é importante que se frise, que para que se instaure um procedimento licitatório, há que se elaborar a priori um Termo de Referência, que como o próprio nome diz, um norteador para que se concretize o processamento da licitação, principalmente no que tange aos valores estimados, questões técnicas e qualidade dos serviços

Dessa forma, a área solicitante dos serviços, no presente caso a Superintendência de Padrões Mínimos Educacionais por intermédio da Diretoria de Apoio Escolar é a responsável pela elaboração de tal termo, uma vez que não cabe ao Pregoeiro, ingerência sobre tal documento, cabendo ao mesma somente o processamento da licitação

Isto posto, cabe informar que os setores demandantes possuem em seu quadro um corpo técnico qualificado para estudo das necessidades e confecção das condições instrutoras do procedimento licitatório, enfocando quais as condições técnicas devem ser atribuídas a cada serviços ou produto solicitado. Assim sendo, coube à área técnica responsável, a análise das cotações.

A Secretaria Estadual de Educação á época possuía a Comissão Permanente de Licitação, onde está a comissão de licitação e os pregoeiros, que seriam os responsáveis pelo processamento das licitações de todos os setores da Secretaria.

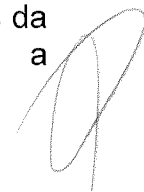
Com o dito anteriormente, o processo ora questionado pertence à Superintendência de Padrões Mínimos Educacionais via Diretoria de Apoio Escolar, sendo esta a responsável pela elaboração do termo de referência, onde nele consta todas as exigências técnicas que as empresas deverão atender como condição para sagrar-se vencedora do certame licitatório e capacitada para cumprimento do contrato além da responsabilidade pelas cotações para balizar os valores estimados.

Cabe ressaltar que o pregoeiro apenas processa a licitação, não tendo este qualquer responsabilidade, bem como condições de formalizar cotações de preços de todos os processos que estão sob a sua condução, em especial este que exige bastante conhecimento técnico, pois no presente caso tem variáveis de todas as espécies para balizar os valores estimado tais como: condições de trafego das rotas(asfalto, chão, condições das estradas, rotas que além do motorista precisam de cuidadores para transportar as crianças, quantidade de KM por rotas, dentre outras), exigindo do profissional que faça a cotação, vasto conhecimento do ramo e das rotas que seriam atendidas.

Essa atribuição deve ser confiada a agentes ou setores estruturados para essa finalidade, em vista da diversidade e complexidade do objeto licitado (princípio da segregação de funções).

Assim, reafirmo a tarefa de elaborar o termo de referência não é do pregoeiro, competindo a esse agentes conduzir a fase externa da licitação, que se inicia com a publicação do edital.

A segregação de funções, além de influenciar na especialização de agentes e setores da Administração, delimita a competência administrativa e, por conseguinte, a responsabilidade de cada um dos envolvidos na licitação ou contratação direta.



Nesse diapasão, as atribuições do pregoeiro, segundo a lei e doutrina, estariam mais intrinsecamente ligadas à fase externa do procedimento licitatório.

Por vezes, dada a magnitude dos serviços a ser licitados, a Administração utiliza mão de obra especializada para elaborar tais peças (edital e orçamento). Ao pregoeiro incumbe verificar se há Termo de referência, se o orçamento foi elaborado, checar a qualificação técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal, habilitação jurídica, dentre outras tarefas. De forma precípua, não cabe à comissão de licitação e ao pregoeiro elaborar o orçamento.

O Professor Jessé Torres Pereira Junior leciona que três são as incumbências principais de uma comissão de licitação e do pregoeiro, quais sejam: (a) decidir sobre pedidos de inscrição no registro cadastral, bem como sua alteração ou cancelamento; (b) decidir sobre a habilitação preliminar dos interessados em participar de cada certame; (c) julgar e classificar as propostas dos licitantes habilitados (*Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Editora Renovar, 2002. p. 533).

Assim, à falta de dispositivo legal, não há como exigir que o pregoeiro faça levantamento de todo o trabalho já realizado pela área encarregada de elaborar o termo de referência e o respectivo orçamento. Como asseverado pelo Exm^o Ministro Ubiratan Aguiar, no voto condutor do Acórdão nº 1859/2004-TCU – Plenário (TC-003.721/2001-0), se assim fosse, melhor seria que a própria comissão ou o pregoeiro elaborasse o Termo de referência, orçamento e o edital.

Exigir que esta atividade caiba ao Pregoeiro ou à Comissão Permanente de Licitações, desde já fica rechaçado, em atendimento ao Princípio da Segregação das Funções, que veda que um mesmo servidor participe simultaneamente de mais de uma fase da licitação (interna, externa ou contratual). Assim sendo, tanto a composição de custos e o orçamento estimado é atinente à fase interna da licitação, o Pregoeiro e a Comissão Permanente de Licitação, que participam da fase externa, estão impedidos de exercer tal atribuição.


Nesse sentido, cumpre ressaltar que à Comissão de Licitação e ao Pregoeiro cabe apenas verificar “primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis; segundo, se foi realizada a adequação orçamentária.

Analisando detidamente os autos, observa-se que foi feito pelo setor competente 03 orçamentos com empresas do ramo: Expresso Tocantins, fls. 19/27, Ponte Alta, fls. 28/34 e Thiago Tur, fl. 35/45, com o respectivo resumo das cotações, fls. 46, todas no volume I.

Pois bem. Resta incontroverso que a responsabilidade pela elaboração do orçamento estimado não é do Pregoeiro nem da Comissão de Licitação, e que foi de responsabilidade do pregoeiro foi cumprindo na sua íntegra.

Nesse sentido, vede os seguintes arrestos proferidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

“Acórdão: (...) deve-se evitar a nomeação de mesmos servidores para atuar, nos processos de contratação, como **requisitante, pregoeiro** ou membro de comissão de licitação, **fiscal de contrato** e responsável pelo atesto da prestação de serviço ou recebimento de bens, **em respeito ao princípio da segregação de funções**” (sem grifos no original). In: TCU.



Acórdão 5.840/12. Órgão Julgador: Segunda Câmara. Relator: Ministro José Jorge. DOU: 07/08/12.

“abstenha-se de designar para compor comissão de licitação o servidor ocupante de cargo com atuação na fase interna do procedimento licitatório, em atenção ao princípio da segregação de funções” (sem grifos no original). In: TCU. Acórdão 686/11. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro André Luís de Carvalho. DOU: 28/03/11.

TCU. Acórdão 3.516/07. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cerdaz. Data da sessão: 13/11/07.

TCU. Acórdão 3.516/07. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Aroldo Cerdaz. Data da sessão: 13/11/07.

TCU. Acórdão 4.848/10. Órgão Julgador: Primeira Câmara. Relator: Ministro Augusto Nardes. DOU: 11/08/10.

Vale lembrar que os Pregoeiros da Comissão permanente de licitação processava licitações para todos os setores da Secretaria Estadual da Educação, sendo humanamente impossível ter conhecimento técnico em todas as áreas.

Os editais de licitação, de um modo geral, é padrão no que diz respeito às exigências de habilitação jurídica e financeira, na verdade o que difere um do outro, são as exigências em relação à qualificação técnica, as cotações que mais uma vez reafirmo, é feita pelos servidores dos setores detentores do processo.

Todas as cotações dos processos são feitos pelos setores de origem, como dito alhures, diante da impossibilidade técnica do pregoeiro fazer isto, até porque à época, a DIRETORIA DE LICITAÇÃO DA SEDUC SEQUER DISPUNHA DE QUALQUER SISTEMA DE COTAÇÃO DE PREÇOS.

Por outro lado a Lei nº 10.520/02, não atribui esta tarefa ao pregoeiro de montar processos, definir as exigências, fazer cotações dentre outros, não tendo o mesmo sequer obrigação de elaborar editais de licitação. Atentos para tal circunstância estiveram os dois decretos regulamentadores do pregão presencial e do pregão eletrônico. Tanto um quanto outro ato normativo não arrolou (e não poderia arrolar) dentre as atribuições do pregoeiro a difícil tarefa de fazer cotações, elaborar Termos de referência e editais.

Relativamente ao edital, a competência do pregoeiro é mais de intérprete e processamento do edital, na medida em que as suas atribuições pertinentes - ou legais - são de decisão e resposta a impugnações e esclarecimentos, bem assim de recebimento, exame, exercício de retratação e decisão de recursos.

Várias são as jurisprudências do TCU que pugna pela exclusão de responsabilidade do pregoeiro por ato que não se insere no rol das atribuições.

Acórdão nº 4.848/2010 – TCU – 1ª Câmara Trecho da Ementa REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS PARA MERENDA ESCOLAR. IRREGULARIDADES NA

CONTRATAÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. MULTA. PEDIDOS DE REEXAME. NÃO CONHECIMENTO DE UMA PEÇA RECURSAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DA OUTRA.1.2. As pesquisas de preços que dão suporte à elaboração de orçao, à definição da modalidade de licitação e à efetivação da adequamentçao financeira e orçamentária da despesa, devem ser realizadas previamente à adjudicação do objeto e homologação do procedimento.3. **Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto.**"Deliberações do TCU no mesmo sentido:Acórdãos nº 960/2010 – Plenário, Acórdãos nº 37/1998 – Plenário, 201/2006 – 2ª Câmara, 556/2008 – 1ª Câmara, e nº 113/1998 – Plenário.1.3.6. Exclusão de responsabilidade.

Acórdão nº 2.389/2006 – Plenário

"REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. VEDAÇÃO DE EXIGÊNCIA E DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES JÁ CONSTANTES DO SICAF. RESPONSABILIDADE DE PREGOEIRO PELAS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS.

1...

2. O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas."

Mais uma vez assiste razão ao referido senhor. Os normativos legais que regem o pregão, inclusive o eletrônico, art. 3º, I e IV, da Lei nº 10.520/2002; arts. 5º e 14º do Decreto 3.697/2000 e art. 9º do Anexo 1 do Decreto nº 3.555/2000, abaixo transcritos, realmente não incluem, entre as competências do pregoeiro, a elaboração do edital, não podendo, assim, ser a ele atribuída a responsabilidade pela exigência dos balanços patrimoniais inquinada nestes autos, que resultou na desclassificação irregular da empresa (...). Entretanto, era de sua responsabilidade a adjudicação do objeto licitado, e o fez à (...),

2ª colocada. Penso que de outro modo não podia ele agir, uma vez que estava vinculado aos normativos vigentes e ao que estipulava o edital.

(...)

Acórdão nº 3.516/2007 – 1ª Câmara

Não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar

pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto.

Acórdão nº 557/2006 – Plenário.

Trecho do Voto:

“5. Do momento que foi proferido o Acórdão 1.859/2004 - P, chamo atenção para o seguinte trecho do Voto

Revisor:

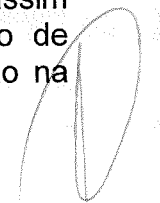
‘Manifesto-me em linha de concordância com o Ministério Público junto ao TCU e com o eminente Ministro Ubiratan Aguiar no sentido de que houve direcionamento no certame licitatório.

No entanto, embora concorde com a existência de direcionamento, entendo que somente o Sr. ..., Diretor Técnico da Superintendência do Porto de Itajaí, deve ser responsabilizado. No que se refere ao Superintendente do Porto de Itajaí, Sr. ..., em linha de concordância

com o Ministério Público, entendo que suas contas devem ser julgadas regulares com ressalva. Embora esse agente público tenha assinado o edital de licitação - que contém o Memorial Descritivo por meio do qual se operou o direcionamento do certame -, ficou comprovado que foi o Diretor Técnico o responsável direto pela elaboração das especificações que levaram à restrição do caráter competitivo da licitação. Foi ele, também, quem elaborou a planilha de custos de forma inadequada, o que levou a apresentação de orçamentos irreais por parte da COPABO. Quanto aos membros da comissão de licitação - em linha de concordância com o Ministro Ubiratan Aguiar e de discordância com o Parquet -, creio que suas contas devam ser julgadas regulares com ressalva’.

Diferentemente do que ocorre nas licitações nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite, cuja condução cabe a uma comissão, no pregão essa tarefa é repassada a um único servidor, no caso o pregoeiro.

Como já justificado, o único documento ao qual este pregoeiro teve acesso para elaboração do edital e no transcorrer do certame foi o Termo de Referência feito pela Superintendência de Padrões Mínimos Educacionais via Diretoria de Apoio Escolar. No entendimento limitado deste pregoeiro, diga-se passagem sou professor, não tinha como saber se supostamente o preço estimado estava acima do preço de mercado, assim sendo, o pregoeiro não pode ser responsabilizado por suposta falhas no termo de referência, ante a ausência de elementos que caracterizem sua efetiva participação na elaboração deste documento.



Tais considerações são necessárias para demonstrar que este pregoeiro não tinha condições de validar e/ou questionar qualquer assunto técnico no diz respeito ao termo de referência que por obvio os valores estimados.

Veja que o pregoeiro ora respondente, diligentemente, fez análise do Termo de Referência, naquilo que estava ao seu alcance, devolvendo ao setor competente para as correções devidas, conforme consta às fls. 58/59 dos autos.

Assim, o pregoeiro, sempre que entendeu necessário, foi extremamente diligente no sentido do cumprimento da legislação aplicável e dos Acórdãos do TCU.

Notadamente, a responsabilidade do pregoeiro adstringe-se ao cumprimento formal e material da legislação reguladora do certame, no caso a Lei 10520/02, que instituiu a modalidade do pregão, assim como dos Acórdãos do TCU.

Destarte, observa-se que as deficiências apontadas no relatório desta corte, especificamente em relação ao pregoeiro diz respeito a um possível concordância com "a falta da planilha detalhada de preços", registra-se e ratifica-se que cotações de preços são situações de ordem técnica, para as quais os conhecimentos meramente administrativos deste pregoeiro não lhes permitiam, em nenhum momento, vislumbrar as mesmas conclusões da fiscalização do TCE, além do quer estimar valores não significa que os licitantes deveriam ofertar os seus valores naquele patamar, pois o critério de julgamento seria o menor valor.

Por outro lado, vale ainda ressaltar que a homologação é o ato pelo qual é ratificado todo o procedimento licitatório, visando produzir os efeitos jurídicos necessários.

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.

Feita a homologação e determinada a adjudicação, a respectiva autoridade passa a responder por todos os efeitos e consequências da licitação. Isto porque, com a homologação, ocorre a superação da decisão inferior pela superior e, conseqüentemente, a elevação da instância administrativa.

Essa é a compreensão de Hely Lopes Meirelles sobre o assunto:

"A autoridade homologadora terá diante de si três alternativas: confirmar o julgamento, homologando-o; ordenar a retificação da classificação no todo ou em parte, se verificar irregularidade corrigível no julgamento; ou anular o julgamento, ou todo o procedimento licitatório, se deparar com irregularidade insanável e prejudicial ao certame em qualquer fase da licitação. Feita a homologação e determinada a adjudicação, a respectiva autoridade passa a responder por todos os efeitos e consequências da licitação. Isto porque, com a homologação, ocorre a superação da decisão inferior pela superior e, conseqüentemente, a elevação da instância administrativa"

Vale ressaltar que a minuta do edital foi aprovada pela Assessoria Jurídica da Secretaria da Educação, conforme parecer juntado às fls. 129, pelo Controle Interno, fls. 287, todos no volume "B" dos autos e o certame homologado pelo ordenador de despesa, fls.289. Após

finalizado também foi encaminhado a este órgão através do SICAP-LO, não havendo qualquer questionamento em relação ao certame.

Vislumbra-se, desta feita, que o pregoeiro é parte ilegítima no feito, não podendo figurar no polo passivo da demanda, haja vista não ser aquela em face de quem se pretende determinar a consequência jurídica. Nesse sentido convém salientar o ensinamento do Ilustre Luiz Machado Guimarães, veja-se:

A legitimatio ad causam é uma preliminar de mérito. Assim, se uma das partes, autor ou réu, não está legitimada para a causa, a sentença julga o autor da ação, num sentido material, no sentido de que não é o senhor do direito que ajuizou (legitimação ativa) ou no sentido de que o seu preterido direito não pode ser declarado em face do réu ou contra este. (In Estudos de Direito Processual Civil, pág. 9).

Nesse particular, leciona o nosso consagrado J.J. CALMON DE PASSOS:

Deve ser sujeito da relação processual, para ser parte legítima, quem é sujeito da pretensão ou sujeito da prestação. Em outras palavras, deve ser sujeito da relação processual quem é sujeito da lide. .

E conclui:

Assim, se quem está em juízo não é titular da pretensão, ou do interesse cuja tutela se reclama, ou não é titular da pretensão reclamada ou não é aquele em face de quem se pretende determinada consequência jurídica, não é parte legítima. (Apud Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, pág. 252).

Por outro lado vale consignar que no caso do pregão, a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários e, se for o caso, os preços máximos unitários e global — não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório.

Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamento e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados os meios para obtê-los.

Esse posicionamento foi reafirmado na sessão plenária do TCU, do dia 20 de agosto de 2014, decidindo-se que, na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, mas deve estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame.

Ante o exposto, o respondente REQUER o recebimento da presente, ao final, a exclusão do pregoeiro do rol de responsáveis sujeitos a quaisquer penalidades.

DO PEDIDO

Requer-se, portanto, a imediata exclusão do pregoeiro na presente demanda, em razão de ser absolutamente ilegítimo para figurar no polo passivo desta reclamação, considerando que na condição de pregoeiro não tinha qualquer responsabilidade com cotação de preços para balizar o valor estimado.

Termo em que Pede e
Espera deferimento.

Palmas, 31 de outubro de 2020.



Eneas Ribeiro Neto
CPF 323.332.261-53