TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

RECURSO ORDINÁRIO N. 952058

Recorrente: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello)

Processo referente: **912250, Denúncia**

Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Mar de Espanha

Interessados: Welington Marcos Rodrigues (Prefeito à época), Lucília Oliveira Mantuani (Pregoeira à época) e Vanderleia Silva Melo – OAB/SP 293204

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. **I.** LEI N. 10.520/2002. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N. 8.666/93. **II.** PERMISSIVO. ART. 33 DA LEI N. 8.666/93. APLICAÇÃO. PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL. NECESSIDADE. **III.** VEDAÇÃO OU PERMISSÃO. DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR. CONDICIONANTES JURÍDICOS. AMPLA COMPETITIVIDADE. OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA. **IV.** OBJETO COMUM, SIMPLES E DE PEQUENA MONTA. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. PROIBIÇÃO. REGRA. **V.** MOTIVAÇÃO EXPRESSA. NÃO OBRIGATORIEDADE. RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR. NÃO CABIMENTO. NATUREZA DO OBJETO. JUSTIFICATIVA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Diante da ausência de norma na Lei n. 10.520/2002 sobre a possibilidade de participação de empresas consorciadas em pregão, aplica-se, subsidiariamente, o disposto na Lei n. 8.666/1993.

2. Admite-se a participação de empresas reunidas em consórcio em certames promovidos pela Administração nos termos do art. 33 da Lei n. 8.666/93, desde que haja disposição expressa no edital.

3. Por via regra, prevalece a vedação à participação dos consórcios em licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta; a opção da Administração por vedar ou permitir a participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, devendo ser assegurada no caso concreto a ampla competitividade no certame.

4. Não cabe a responsabilização do gestor pela ausência de motivação expressa, nos casos em que a situação fática encontrar correspondência com a regra geral, uma vez que a própria natureza do objeto licitado justifica por si só a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame. Ademais, se nas licitações para a aquisição de bens e serviços comuns a participação de consórcio é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativa para a sua permissão, mas jamais quanto a sua restrição.

TRIBUNAL DE CONTAS
fl. ___
MINAS GERAIS

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
23ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 03/08/2016

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Ordinário interposto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em face da decisão proferida nos autos da Denúncia n. 912.250, em sessão da Segunda Câmara do dia 04/12/2014.

Na oportunidade, foi considerado regular o Pregão Presencial n. 019/2014 – cujo objeto é a aquisição de pneus novos, câmara e protetores para veículos do município de Mar de Espanha –, uma vez que as irregularidades inicialmente constatadas haviam sido sanadas. Segundo explicitado pelo relator, "a simplicidade do objeto por si só justifica a vedação à constituição de consórcio de empresas, não sendo portanto necessária a formalização no certame de uma justificativa técnica para essa vedação."

Inconformado com a decisão, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas apresentou Recurso Ordinário, fls. 01/07, requerendo: a) o afastamento da decisão impugnada, sendo reconhecido como irregular o Processo de Licitação n. 053/2014 – Pregão Presencial n. 019/2014, tendo em vista a falta de justificativa para a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio; b) a aplicação de sanção pecuniária, imputada pessoal e individualmente ao Prefeito e a Pregoeira do Município de Mar de Espanha, pela prática de infração grave à norma legal, no valor de R$ 1.000,00, atendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos termos do disposto no art. 89 da Lei Complementar n. 102/2008, c/c art. 320 da Resolução TCE n. 12/2008.

Após serem devidamente intimados, o Sr. Welington Marcos Rodrigues, prefeito municipal à época, e a Sra. Lucília Oliveira Mantuani, pregoeira à época, apresentaram manifestação, juntada às fls. 16/18.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 Preliminar de admissibilidade do recurso

Reitero o juízo de admissibilidade realizado preliminarmente nos autos, consoante se extrai do despacho de fls. 11, por preencher os pressupostos de admissibilidade insertos nos artigos 334 e 335 do Regimento Interno deste Tribunal.

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO HAMILTON COELHO:

Também admito o recurso.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o Relator.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

ADMITIDO O RECURSO, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

II.2 Do Mérito

Na Sessão da Segunda Câmara de 04/12/2014, foram apreciados os autos da Denúncia n. 912.250, de relatoria do Conselheiro Mauri Torres, que objetivou examinar as irregularidades presentes no Pregão Presencial n. 019/2014, promovido pelo Poder Executivo de Mar de Espanha.

Em decisão colegiada, considerou-se regular o processo licitatório em comento, uma vez que sanadas oportunamente as irregularidades inicialmente verificadas. No tocante ao apontamento referente a falta de motivação para a proibição da participação de empresas em consórcio, entendeu-se que a simplicidade do objeto licitado justifica por si só a vedação.

Contudo, em sede de recurso ordinário, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, sustentou ser indevida a vedação sem a devida fundamentação relativamente à participação de empresas em consórcios, nos termos em que disposto no edital licitatório ora analisado.

Em resumo, o *Parquet* alegou que, mesmo a Administração Pública possuindo a prerrogativa de permitir ou não a participação de empresas reunidas em consórcio nos certames, é indispensável a fundamentação do ato, independentemente da complexidade do objeto licitado, uma vez que se trata de ato discricionário.

Asseverou que o procedimento licitatório é um ato formal e logo sua eficácia está condicionada ao atendimento do princípio da legalidade e à observância dos dispositivos legais previstos. Sustentou que a falta de justificativa para a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio compromete a competitividade e a legalidade do certame, prejudicando tanto os licitantes quanto a própria Administração Pública, que deixa de ter uma proposta mais vantajosa diante de uma restrição imposta de forma arbitrária pelo gestor responsável.

Aduziu, por fim, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que os atos administrativos que negam, limitam ou afetem direitos ou interesses devem ser motivados, e que, independentemente da modalidade de licitação escolhida, a justificativa para a proibição de empresas reunidas em consórcio participarem do certame deve ser devidamente fundamentada no instrumento convocatório com a motivação da administração pública para a sua escolha.

Requereu o ilustre Procurador, no mérito, a reforma da decisão, para reconhecer a irregularidade, imputando sanção pecuniária, pessoal e individualmente ao Prefeito e a Pregoeira do Munícipio de Mar de Espanha, pela prática de infração grave à norma legal, no valor de R$ 1.000,00.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

Em defesa de fls. 16/18, o Sr. Welington Marcos Rodrigues, prefeito municipal à época, e a Sra. Lucília Oliveira Mantuani, pregoeira à época, pugnaram pela manutenção da decisão recorrida em sua integralidade.

De início, cabe ressaltar que o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas tem por reiteradas vezes apontando como irregular a vedação à participação de empresas reunidas em consócio em editais de licitações ou a ausência de justificativa para tal vedação na fase interna do certame, alegando que a discricionariedade da Administração sempre deve estar acompanhada de expressa motivação, sob pena de indevida restrição à competitividade.

Nessa esteira, cabe aqui fazer uma análise mais acurada acerca da matéria – aqui explicitada em subtópicos distintos – com vistas a esclarecer o entendimento deste relator acerca da questão.

Também em razão de alguns entendimentos divergentes neste Colegiado e os posicionamentos do TCU sobre a matéria, acho prudente elastecer esta discussão, no especial prisma da atuação deste órgão de controle, para que se defina uma metodologia uniforme da abordagem deste ponto específico.

II.2.1 Relevância da Discussão

Trazer à baila a discussão acerca da vedação ou não à participação de empresas em consórcios em licitações, materializada pela ausência de uniformidade doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, adquire relevo quando se observa que, de um lado, a formação de consórcio de empresas de certo modo pode ampliar a competitividade do certame, mas de outro, igualmente, a depender do objeto, seu vulto e/ou complexidade, pode ter o efeito exatamente contrário, implicando, ao menos em tese, restrição ao caráter competitivo do certame com eventual prejuízo para a Administração Pública. Estabelece-se aqui, portanto, a premissa e o ponto de partida deste voto.

Essa constatação é fundamental na análise do(s) Recurso(s) interposto(s) pelo *Parquet,* uma vez que, a meu juízo, o ponto questionável da sua argumentação é exatamente a premissa (errada) na qual ele se baseia, qual seja a de que a participação de empresas consorciadas sempre aumenta a competitividade.

Com essas considerações, e uma vez assentada a premissa na qual se estrutura o voto, necessário apontar, então, o fio condutor desta exposição. Assim, considerando que um dos eixos centrais do instituto da licitação no ordenamento jurídico pátrio é aumentar o universo dos potenciais interessados em contratar com a Administração Pública, importante deixar de plano consignado que a "escolha" da Administração de vedar ou permitir a participação de empresas em consórcio deve sempre ter um norte: ampliar a competitividade.

Nesse particular, é certo que não se pode sustentar que a participação de empresas reunidas em consórcio trará, como regra, benefícios para a Administração Pública. Isso porque, empresas que seriam competidoras entre si poderiam, ao se unir de forma consorciada, levar a um efeito diametralmente oposto ao concebido no caso concreto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, qual seja o de diminuir o número de empresas elegíveis ao certame, restringindo, portanto, exatamente o que se busca tutelar que é a (ampla) competividade da licitação.

Portanto, por se tratar de uma situação aparentemente paradoxal, torna-se necessário esquadrinhar um regime-jurídico adequado no que diz respeito à participação de empresas consorciadas nas licitações, com a premissa acima estabelecida: nem sempre, como regra

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

geral, pode-se afirmar que a autorização do consórcio é mais benéfica para a Administração, muito antes pelo contrário[1].

Em outras palavras, esta inquietante constatação é que exige uma melhor (re) construção dos aspectos controversos da questão como forma de se estabelecer um referencial seguro para atuação das Cortes de Contas.

II.2.2 Discricionariedade do administrador para vedação ou permissão à participação de consórcios – limitação e motivação.

II.2.2.1 Discricionariedade e limites (parâmetros)

Importa consignar ser pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a autorização em si (e não a previsão ou não no edital) para a participação de consórcio reveste-se de natureza discricionária: cabe à Administração, em vista das peculiaridades do certame, decidir acerca da matéria, o que se dará, por óbvio, na fase interna da licitação.

Contudo, entendo que tal discricionariedade é relativa ou condicionada e comporta parâmetros, para o efeito do esboço de uma regra geral (e os contornos de eventuais exceções a essa regra).

Nesse sentido, como bem assevera o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, "O administrador não pode, portanto, conduzir o procedimento licitatório [simplesmente] como melhor lhe convém, sob pena de não se observar os princípios basilares das licitações, contidos no artigo 3º da Lei Federal nº 8666/93."

Assim, significa dizer que a escolha do gestor por vedar ou permitir tem limites e porquanto, qualquer que seja a opção, qual seja ela, deve conferir a maior competitividade possível, em busca da maior vantajosidade ou da melhor proposta. Desse modo, a opção pela "vedação" ou "permissão" dependerá do caso concreto, com também é o entendimento do TCU, conforme explicitado nos Acórdãos: 1094/2004 - Plenário; 2295/2005 - Plenário; 22/2003 - Plenário; 1678/2006 – Plenário.

Para tanto a tese que se defende é a de que o limite da discricionariedade pressupõe a defesa da **existência de um nexo de causalidade entre a natureza do objeto e a vedação ou autorização para participação de empresas reunidas em consórcio nos certames licitatórios**. Explico-me melhor.

No plano teórico, a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 12ª edição - Editora Dialética, fls. 463/465) trata das hipóteses em que a participação de consórcios se faz necessária, *in verbis*:

---

[1] Para o TCU, nos termos de trecho do Acórdão 1946/2006, Plenário " ... **a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade**, consoante arestos do Relatório e Voto que impulsionaram o Acórdão n. 2.813/2004 – 1ª Câmara (...) O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir s participação de consórcios. [..]. Isto porque, ao nosso ver, **a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência** (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), **quanto a cerceá-la** (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). Como os exemplos fornecidos pelo Bacen, vemos que **é prática comum a não-aceitação de consórcios.**' (Acórdão nº 1946/2006, Plenário, rel. min. Marcos Bemquerer)

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

> Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) **a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação.** Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas umas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para licitação. (grifo nosso)

Na mesma linha, consoante jurisprudência do Tribunal de Contas da União, **"a participação de consórcio é recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto".** (Acórdão nº 2831/2012 – TCU – Plenário)

Em outras palavras, a autorização para a participação de empresas em consórcio afigura-se como regra quando a licitação apresentar **vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes**, nos seguintes termos:

> (...)
>
> 2. A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada.
>
> 3. Não obstante a participação de consórcio seja recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto, tal alternativa também não é obrigatória.
>
> 4. Devem ser consideradas as **circunstâncias concretas** que indiquem se o objeto apresenta **vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes**. Somente nessa hipótese, fica **o administrador obrigado a autorizar a participação de consórcio de empresas no certame, com o intuito precípuo de ampliar a competitividade e proporcionar a obtenção da proposta mais vantajosa.** (Acórdão 2831/2012 – Plenário- TCU) (grifo nosso)

Ainda nesse sentido, cabe citar novamente a decisão do Tribunal de Contas da União aprovada em Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer (Acórdão nº 1946/2006):

> A respeito da participação de consórcios, a jurisprudência desta Corte tem assentado que o que o art. 33 da Lei 8.666/93 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso.
>
> **Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio.**

Assim, em licitações complexas, a lógica é que a participação de empresas em consórcio, como regra, seja ampliativa da competitividade, razão pela qual a vedação, por certo, deverá ser justificada.

Compreendido esse ponto, necessário trazer à baila o outro lado da moeda, qual seja o critério a ser utilizado quando se trata da licitação comum, de menor monta, vulto ou complexidade, até porque tal situação não é comumente abordada nem na doutrina, nem na jurisprudência.

Neste caso, como argumento integrativo, pertinente utilizar o denominado raciocínio *contrário sensu,* nos seguintes termos: se nas licitações complexas, o pressuposto é de que a participação de empresas em consórcio amplia a competitividade, em licitações comuns a lógica se inverte e o pressuposto é de que a admissão de consórcios pode levar à restrição da competitividade, uma vez que retira ou reduz a possibilidade de que empresas menores,

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

isoladamente, possam sagrar-se vencedoras nas licitações, sem que haja fundamento para tanto.

Dessarte, a sistemática que ora se propõe como fator condicionante da limitação ao poder discricionário da Administração Pública pode ser assim sistematizada: (1) naquelas licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta, a vedação impõe-se como regra, posto que os consórcios, em tese, restringem a competitividade e lado outro, (2) nos certames de grande vulto e complexidade, o raciocínio se inverte e a regra geral passa a ser a permissão dos consórcios. Nessa situação, a título exemplificativo, sinaliza-se (apenas) como um indicativo, sua ocorrência especialmente em licitações na modalidade Concorrência, cuja lógica, até pelos valores dos objetos licitados, aponta para um maior vulto, dimensão e grau de complexidade do objeto licitado.

Portanto, a melhor conduta a ser adotada pelo gestor público é a de avaliar as condições objetivas da contratação, os requisitos técnicos e econômicos envolvidos e, bem sopesados, optar por permitir, ou não, a participação de empresas reunidas em consórcio.

Em síntese, fica por último um alerta. O que deve ser observado por esta Corte é que a participação de empresas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, não querendo significar, por exemplo, que somente o valor de uma licitação é suficiente para caracterizar a exigência de participação/vedação em consórcio. Repita-se então que tal aferição deve levar em conta também a natureza do objeto.

II.2.2.2 Discricionariedade e motivação

Esclarecido este primeiro ponto, importante agora trabalhar a questão da responsabilização do gestor pela ausência de motivação expressa, no que tange a autorização ou vedação à participação de empresas reunidas em consórcio na licitação.

De início, vale dizer que dentre os elementos que integram o conceito de ato administrativo, exsurge o motivo como aquele que, em caráter antecedente ou concomitante à prática do ato, diz respeito às razões que levaram o agente público a "realizar esta ou aquela conduta".

O que há muito se discute, é se os motivos devem obrigatoriamente estar expressos de maneira explícita (exposição de motivos /motivação) ou se tal exigência pode ser de alguma forma flexibilizada. Por certo, até como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus vetores a exigência de transparência nas ações do Poder Público, de modo a permitir o controle e a responsabilização por condutas desviantes das normas basilares que regem a Administração Pública, motivar deve ser, pelo menos em princípio, entendida como a regra a ser seguida.

Assim sendo, por certo, é salutar que o gestor sempre fundamente a opção, a fim de afastar qualquer questionamento acerca da lisura da escolha e conferir maior transparência ao procedimento licitatório.

Entretanto, como não se pode sustentar que existam normas *a priori* absolutas, não sopesáveis em qualquer hipótese no caso concreto, perfilho o entendimento de que, em algumas situações – a exemplo da presunção de inocência – a necessidade de expressamente se declinar os motivos da prática de determinado ato, pode ser relativizada, de particular modo a partir da ótica de atuação dos órgãos de controle e da consequente responsabilização do gestor.

A razão para tal assertiva é que se poderia impor ao gestor um ônus excessivo de dizer o porquê da prática de todo e qualquer ato do cotidiano da Administração, em especial, como no

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

caso concreto, quando se defende uma vinculação da permissão/vedação da participação em consórcios com a natureza do objeto licitado.

Ora, nesse cenário, pode-se defender aqui que nos casos em que a situação fática se amolda à regra geral (objeto complexo/permissão; objeto simples/vedação), **a motivação afigura-se implícita ou *in re ipsa*, em outras palavras, imanente ao próprio objeto.**

Por óbvio, tal premissa também não pode ser considerada *jure et jure*, cabendo a este Tribunal, em função das nuances do caso concreto, entender que nesta ou naquela situação, excepcionalmente, subsiste a necessidade da motivação expressa. Portanto a ausência de motivação expressa é sempre sindicável, a partir de parâmetros de razoabilidade.

A referendar essa construção, vale menção à Lei Federal nº 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal[2], e prevê em seu artigo 50, o seguinte:

> Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
>
> I – **neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;**
>
> II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
>
> III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
>
> IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
>
> V – decidam recursos administrativos;
>
> VI – decorram de reexame de ofício;
>
> VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
>
> VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. (grifo nosso)

Assim, a partir da exegese do art. 50, I, supramencionado, se a vedação ou permissão não se enquadrarem nas respectivas regras gerais, é necessária e obrigatória a motivação expressa, sob pena de não conformidade com o ordenamento jurídico, posto que seriam, em tese, restritivos à competitividade.

Isso dito, é necessário volver à premissa inicial explicitada, e relembrar que a vedação, por si só, não implica em restrição à competitividade, e que a permissão, da mesma forma que a vedação, também pode acarretar a restrição, em função da natureza do objeto licitado, permitindo-se concluir que somente quando, "a priori", a opção da Administração se mostrar potencialmente restritiva (uma vez que fora da regra geral) é que deverá ser expressamente motivada no processo administrativo.

A título exemplificativo, tem-se que, em uma licitação para aquisição de material de escritório, em razão da natureza do objeto, um grande universo de empresas isoladamente é capaz de executar o contrato. Nesse caso, a associação das possíveis licitantes em consórcio

---

[2] STJ AgReg no Ag 1196717, aplicação subsidiária a Estados e municípios.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

comprometeria a competição entre elas, prejudicando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Nessa hipótese, a natureza do objeto da contratação já justifica a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame, não havendo obrigatoriedade, a meu ver, de tal justificativa constar do processo administrativo.

De outra senda, se a Administração, fazendo uso de seu poder discricionário, optasse por permitir a participação de empresas reunidas em consórcio em licitações dessa natureza, nesse caso, teria que motivar tal decisão, pois, em tese, estaria a restringir a competitividade.

Lado outro, no caso de uma licitação para construção de uma usina no valor de R$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), a sua natureza complexa e grande vulto indicam que a permissão para a participação de empresas reunidas em consórcio ampliaria o universo de licitantes. A opção pela permissão, então, já se mostra viável, de plano, não carecendo de motivação. Nessa hipótese, se a Administração decidisse por vedar a participação de consórcio, teria que fundamentar tal escolha no processo administrativo, haja vista a opção se mostrar restritiva.

Conclui-se, dessa forma, que a motivação devidamente fundamentada e expressa se faz necessária quando a permissão ou vedação se mostrarem, em um cotejamento com a regra geral, restritivas à competitividade do certame.

Assim, diante de uma licitação cujo vulto e/ou complexidade do objeto recomende a participação de consórcios com vistas a ampliar a competitividade (regra geral), não é admissível a simples vedação à participação de consórcios, sem a plena e efetiva justificativa, sob os ângulos técnico e econômico.

Da mesma forma, em uma licitação cujo objeto é comum, a Administração não pode permitir a participação de consórcio, sem que motive fundamentadamente e formalmente a sua escolha, pois em tese estaria restringindo a competição entre possíveis licitantes.

II.2.3 Necessidade ou não de previsão expressa nos Editais de Licitação da vedação à participação de consórcios. Pressupostos gerais.

Cabe salientar que a importância deste tópico se encontra no fato de que a elaboração do edital em si (e a necessidade de previsão expressa quando da autorização para participação de empresas em consórcio), não se confunde com as razões que levam a Administração a permitir ou vedar a participação em consórcios, e que podem ou não desafiar motivação expressa, conforme será melhor explicitado neste tópico.

Inicialmente, importante esclarecer que a Lei n. 10.520/2002, que instituiu o pregão como modalidade licitatória, não previu nenhuma norma geral acerca da participação de empresas consorciadas nos certames. Sendo assim, por indicação expressa[3], aplica-se subsidiariamente o disposto na Lei n. 8.666/1993, que no art. 33, estabelece as disposições a serem seguidas pelo gestor "quando permitida a participação em consórcio", conforme abaixo transcrito:

---

[3] Art. 9º da Lei 10.520/2002. Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

> Art. 33. **Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (grifo nosso)
>
> I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
>
> II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;
>
> III – apresentação dos documentos exigidos nos art. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;
>
> IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais um consórcio ou isoladamente;
>
> V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Na hipótese de se permitir (faculdade) a participação, devem ser observadas as normas previstas nos incisos I a V acima transcritos.

Outrossim, no plano doutrinário, tem-se que a reunião de empresas em consórcio é a forma pela qual as empresas potencializam reciprocamente os seus atributos, somando esforços a fim de atingir o objetivo comum – a contratação administrativa e a execução da obra, serviços ou mesmo a concessão de serviço público.

Ou seja, no artigo 33 da Lei de Licitações, admite-se a participação de empresas reunidas em consórcio em certames promovidos pela Administração. Assim sendo, torna-se possível que empresas diversas, detentoras de atributos específicos, conjuguem interesses e formulem uma proposta conjunta para atender os anseios da Administração.

Não obstante, o *caput* do referido artigo 33 é claro ao estabelecer o caráter excepcional da participação de consórcios: "**Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio (...)". Isto é, apenas ao se implementar o antecedente necessário previsto na norma (a permissão) será possível a apresentação da proposta através de um consórcio.

CARLOS ARI SUNDFELD e MARÇAL JUSTEN FILHO consideram imprescindível que **a participação de empresas em consórcio seja literalmente prevista no edital, não sendo preciso que a negativa venha expressa no ato convocatório**. No entender desses doutrinadores, caso a Administração admitisse a participação em certames por meio de consórcio de empresas sem previsão expressa no edital, haveria uma discriminação, restritiva à competitividade, e uma violação à isonomia. (Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 131. e Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 354)

No entendimento de Mauro Pizzolatto, nessa mesma linha, "A possibilidade de participação em consórcio não se presume, sendo necessária a expressa previsão no edital de licitação para que as empresas possam participar de forma consorciada." (www.partnersales.com.br/artigo/980/consorcio-de-empresas-em-licitacoes).

Porém, tal compreensão não é pacífica. Em sentido contrário, CARLOS PINTO COELHO MOTTA (com lastro na doutrina de ELIANA LEÃO) reputa que "entendimento defensável é o de que o silêncio do edital quanto à admissibilidade de consórcio não pode ser entendido

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

como vedação ou impedimento." Segundo os autores, haveria a necessidade de proibição expressa vedando a participação através de consórcios. (Eficácia nas Licitações e Contratos. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 315.)

Acerca dessa questão cabe destacar que, via de regra, a maioria das licitações corriqueiras realizadas pela Administração Pública não apresenta natureza e vulto a ensejar a participação de empresas reunidas em consórcio.

Nessa esteira, com base nos ensinamentos de Justen Filho e Sundfeld, perfilho o entendimento de que a vedação à participação dos consórcios em licitações é a regra.

Dessarte, a permissão, quando for o caso, deve ser expressa no edital, pois é cabível em um rol mais restrito de procedimentos licitatórios.

Logo, o entendimento desta Relatoria sustenta que quando o edital é omisso, como a vedação é a regra, presume-se proibida a participação de empresas em consórcio.

Com essas considerações, em outras palavras, a responsabilização do gestor nos processos em tramitação neste Tribunal, em relação a este ponto específico do edital, vai ter de levar em conta que nos casos em que a Administração autorizar a participação de empresas em consórcio, esta previsão deve necessariamente constar do Edital.

II.2.4 Síntese conclusiva da tese apresentada

Então, com base no que foi até agora desenvolvido, para efeito da atuação deste Tribunal e eventual responsabilização do gestor, afirma-se que:

a) sendo o objeto comum, simples e de pequeno vulto ou complexidade (situação 1), a vedação ao consórcio é a regra geral a ser tomada em conta. Esta, sendo a situação fática, a motivação estará implícita, e, portanto, não se afigura imperioso que conste do processo administrativo, embora sempre recomendável. Entretanto, duas condicionantes devem ser observadas nesta circunstância: (1) a vedação não precisa expressamente constar do edital de licitação conforme explicitado no tópico anterior e (2) caso a Administração, em razão de alguma especial particularidade do objeto dessa natureza, julgar adequada a participação de empresas consorciadas, tal opção deverá estar expressamente motivada na fase interna e consequentemente tal permissão deverá constar expressamente do edital.

b) sendo o objeto complexo e de grande vulto (situação 2), a regra geral se impõe no sentido da autorização da participação de empresas reunidas em consórcio. Neste caso, entende-se que a permissão está implícita, e embora recomendável que o administrador motive a escolha com o objetivo de conferir maior transparência aos seus atos, a ausência da motivação não invalida a opção pela participação de empresas consorciadas. Da mesma forma, vale registrar alguns pontos: (1) a permissão deve estar prevista expressamente no edital de licitação e (2) caso a Administração, também em função de alguma especificidade do objeto licitado entenda que empresas em consórcio não devam ser permitidas, a ela se exige, aí sim, que os motivos estejam expressamente declinados na fase interna do certame.

Isto posto, neste longo arrazoado, o ponto que ainda pode gerar alguma dúvida, diz respeito aos motivos que autorizam esta Relatoria concluir que a motivação expressa pode ser "dispensada" nas situações fáticas que se enquadrarem na regra geral, seja para vedar (situação 1), seja para permitir (situação 2) a participação das empresas em consórcio.

O quadro, a seguir, facilita a compreensão dos argumentos até agora defendidos:

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

NATUREZA DO OBJETO	REGRA GERAL	Responsabilização por ausência de MOTIVAÇÃO EXPRESSA	Responsabilização por ausência de PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL
Complexo	Permissão de consórcio	Não	Sim
Simples	Vedação de consórcio	Não	Não

NATUREZA DO OBJETO	EXCEÇÃO	Responsabilização por ausência de MOTIVAÇÃO EXPRESSA	Responsabilização por ausência de PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL
Complexo	Vedação de consórcio	Sim	Não
Simples	Permissão de consórcio	Sim	Sim

II.2.5 Análise do caso concreto

No caso concreto, a falta de justificativa para a vedação à participação de empresas reunidas em consórcios em licitações, considerada isoladamente, não constitui, como se infere de toda a argumentação expendida, ilegalidade na conduta do gestor, pois não há obrigatoriedade legal para a apresentação da referida justificativa.

O que se sustenta é que, *in casu*, a permissão é que traria comprometimento à competição, pois empresas que poderiam competir entre si poderiam se juntar e apresentar uma proposta única. Logo, não há arbitrariedade na conduta do gestor, já que a própria natureza do objeto e o vulto da licitação justificam a vedação.

O objeto[4] do certame em análise, embora possua valor significativo (R$237.108,00), não esbarra em questões de maior complexidade técnica, não se justificando, de fato, a necessidade de formação de consórcios entre empresas para que o interesse público seja alcançado.

É notório que não há qualquer diferencial de complexidade na execução do objeto em questão a exigir a reunião de empresas em consórcio. E, ainda, não obstante o valor seja significativo, não pode ser considerado de grande vulto.

Assim sendo, feitas essas considerações, entendo que a omissão dos responsáveis em motivar a presença de cláusula nesse sentido (item 5.3) no certame não trouxe prejuízos à competitividade, e nem mesmo teve o potencial de reduzir o número de participantes interessados.

[4] 1- DO OBJETO 1.1 A presente licitação tem por objeto a compra de pneus novos, câmaras e protetores para os veículos da Prefeitura Municipal de Mar de Espanha no exercício de 2014, de acordo com as especificações definidas no Anexo I deste Edital.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

O objeto, nesse caso, por si, justifica a vedação, sendo apenas recomendável que a motivação para a vedação conste do processo administrativo. Portanto, não há irregularidade passível de sanção nos autos em questão.

Cabe aqui citar trecho do voto do Conselheiro Gilberto Diniz no processo de Denúncia nº 944741, aprovado em sessão da Segunda Câmara de 28/04/2016:

> **Subitem 2.2.3 do edital - vedação de participação de empresas em consórcio**
>
> Quanto à ausência de motivação para a vedação de participação de empresas em consórcio, constante no subitem 2.2.3 do instrumento convocatório, entendo que não houve ilegalidade na condução do procedimento licitatório, nesse ponto. **Não se pode afirmar que houve restrição à competitividade, tampouco afirmar que a participação de empresas em consórcio no certame em exame atrairia novos interessados.**
>
> Quanto a esse apontamento, embora considere que o caráter discricionário do administrador público é relativo, e não absoluto, conforme Acórdão nº 1678/2006 do Plenário do TCU, no caso concreto, verifiquei que o objeto do certame (contratação de empresa especializada em transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino) não esbarra em questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de consórcio para participação na licitação, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas.
>
> Em função disso, entendo que o ponto questionado pelo Ministério Público junto ao Tribunal cinge-se à ausência de justificativa para a vedação à participação de empresas em consórcio, e não à participação, ou não, de consórcios em si, que é ato sujeito à discricionariedade da Administração Pública.
>
> Assim, a meu sentir, não há ilegalidade capaz de comprometer a lisura do certame, nesse particular, mas recomendo que, nos editais de licitação futuros, o gestor motive a vedação de participação de consórcios, quando for esse o caso. (grifos nossos)

Fica evidenciado, portanto, que a Administração responsável pelo certame possui o poder de decidir, no caso concreto, se a participação ou não de empresas consorciadas no certame condiz com o interesse público.

Em que pese a argumentação apresentada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, mantenho a decisão recorrida pelos fundamentos ora aduzidos.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente Recurso Ordinário, tendo em vista que a licitação em exame não é de grande vulto e alta complexidade, e, portanto, a participação de empresas reunidas em consórcio não seria cabível, razão pela qual entendo que a motivação para a vedação está implícita na natureza do objeto.

Considerando que o Recorrente não trouxe aos autos elementos capazes de reformar a decisão outrora proferida, fica inalterado o acórdão recorrido.

Intime-se o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Senhor Presidente, acompanho o bem articulado arrazoado do Relator, acrescentando apenas que, não só a motivação para vedação estaria implícita na natureza do objeto, mas seria ela incabível.

Assim, como venho defendendo, se nas licitações para a aquisição de bens e serviços comuns a participação de consórcio é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativa para a sua permissão, mas jamais quanto a sua restrição. Essa hermenêutica já foi acolhida pelas duas Câmaras deste Tribunal, conforme Agravos nºs 969572, 951782, 986505 e Denúncias nºs 958975, 932567.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

Conselheiro José Alves Viana, V.Exa. deseja se manifestar?

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Vou aderir à manifestação do Conselheiro Hamilton Coelho.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, eu também acompanho o voto do Relator, negando provimento ao recurso, por entender que neste caso concreto, a licitação em exame não é de grande vulto e alta complexidade, portanto a participação de empresas reunidas em consórcio não seria cabível. Razão pela qual entendo que a motivação para vedação está implícita na natureza do objeto, sem prejuízo das determinações.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Acompanho o Relator para negar provimento ao recurso, mas por outros fundamentos.

Sobre a obrigatoriedade de a Administração justificar a vedação da participação de empresas organizadas sob a forma de consórcios em procedimentos licitatórios, esclareço que, embora tenha adotado, no passado, o entendimento de que a vedação devesse ser justificada, as ponderações trazidas pelo Conselheiro Hamilton Coelho nos autos do Processo nº 912078, fizeram-me rever meu posicionamento.

É que a leitura do disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas, *in verbis*:

> Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (…)

O Conselheiro Hamilton Coelho nos autos do Processo nº 912078, levado a julgamento na sessão de 17/05/16, apresentou manifestação no seguinte sentido:

> O emprego, pelo legislador, da locução "quando permitida" evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.
>
> É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

> Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos.

Diante disso, por considerar que a vedação à participação de empresas organizadas sob a forma de consórcios em procedimentos licitatórios prescinde de justificativas, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão recorrida.

É como voto.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Acompanho o voto do Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE SEBASTIÃO HELVECIO:

APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE, COM AS OBSERVAÇÕES DO CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA E DO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO, JÁ QUE A MANIFESTAÇÃO DO CONSELHEIRO HAMILTON COELHO FOI INCORPORADA NO VOTO DO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, preliminarmente, em conhecer do presente Recurso Ordinário e, no mérito, em negar-lhe provimento, uma vez que, se nas licitações para a aquisição de bens e serviços comuns a participação de consórcio é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativa para a sua permissão, mas jamais para a sua restrição, ficando inalterado o acórdão recorrido. Intime-se o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas desta decisão. Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

Plenário Governador Milton Campos, 03 de agosto de 2016.

SEBASTIÃO HELVECIO
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA
Relator

(*assinado eletronicamente*)

rrma /su

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/_____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

_____

Coordenadoria de Taquigrafia e Acórdão

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n.1189602