

DENÚNCIA N. 958717

Denunciante: José Marcone de Souza
Procedência: Prefeitura Municipal de Santana do Paraíso
Responsáveis: Antônio Afonso Duarte, Wanderley Manoel Ciríaco
Procuradores: Duana Narelli Alves - OAB/MG 149.982, Jairo Carvalho Garcia - OAB/MG 63.573, Marx Vinicius Nunes Pereira - OAB/MG 116.248, Nelson Goncalves de Oliveira - OAB/MG 56.096
MPTC: Procuradora Elke Andrade Soares de Moura
RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL PARA AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL DE DESCONTO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. PRAZO DIMINUTO PARA ENTREGA DE PRODUTOS/SERVIÇOS. EXAME CASO A CASO. JUSTIFICATIVA. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA. FALHAS QUE NÃO COMPROMETEM A LISURA DO CERTAME. EXPEDIÇÃO DE RECOMENDAÇÃO.

1. É permitida a fixação de percentual mínimo de desconto em licitações cujo critério de julgamento é o maior desconto (Lei n. 8.666/1993, art. 40, inciso X).
2. Embora a fixação de prazo diminuto para entrega de produtos ou serviços possa comprometer a competitividade do certame, a razoabilidade desse prazo deve ser examinada caso a caso.
3. Embora a aceitação ou não de empresas em consórcio na licitação seja um ato discricionário da administração contratante (art. 33 da Lei n. 8.666/93), a decisão restritiva deve ser justificada no processo licitatório.
4. Falhas no edital de licitação que não comprometeram a lisura do certame podem ser objeto de recomendação ao gestor, ou a quem lhe haja sucedido, para que adote medidas necessárias para prevenir sua reincidência em futuros certames.

Primeira Câmara

7ª Sessão Ordinária – 28/03/2017

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia oferecida por José Marcone de Souza em face do Pregão Presencial n. 045/2015, Processo Administrativo n. 132/2015, promovido pela Prefeitura Municipal de Santana do Paraíso com vistas à seleção e ao registro de preços para aquisições futuras de medicamentos éticos, similares e genéricos.

O Denunciante alegou, em síntese, que o edital do Pregão Presencial n. 045/2015 contém as seguintes irregularidades que comprometem a competitividade do certame e a isonomia entre os licitantes:

1. Previsão de desclassificação da proposta em que constar desconto inferior a 5% para os medicamentos éticos e 40% para os medicamentos genéricos e para os similares sobre a listagem de A a Z do Órgão Oficial da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABC FARMA/GUIA DA FARMÁCIA; e

2. Estipulação de prazo de 2 (dois) dias corridos para entrega dos produtos, a contar do recebimento da Nota de Empenho.

Inicialmente, determinei a intimação do Prefeito do Município e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação para informarem o estágio em que se encontrava a licitação, bem como para encaminharem a esta Corte cópia de todos os documentos que instruem o referido procedimento licitatório, fases interna e externa (fl. 26).

Em atendimento à minha determinação, a Chefe de Gabinete do Município, Sra. Marlene Rocha da Silva, enviou ao Tribunal os documentos de fls. 33/273 e noticiou que não fora realizado nenhum pagamento decorrente do Pregão Presencial n. 045/2015, embora já tivesse sido lavrada a respectiva Ata de Registro de Preços.

Os autos foram, então, submetidos à Segunda Coordenadoria de Fiscalização Municipal, que concluiu, às fls. 291/293, que a Denúncia é insubsistente, uma vez que não houve “transgressão de norma legal na condução do procedimento”, e sugeriu o arquivamento dos autos.

Em manifestação às fls. 295/296v, o Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o entendimento da Unidade Técnica quanto às questões inicialmente discutidas, porém, no exercício da competência lhe que foi conferida pelo § 3 do art. 61 do RITCMG, apontou que o Edital em exame não contém justificativa para a vedação à participação de empresas em consórcio. Opinou pela improcedência da Denúncia, com recomendação aos gestores municipais de que, em futuros certames, quando não for admitida a participação de empresas em consórcio, façam constar do procedimento licitatório tal justificativa, sob pena de sua opção ser considerada irregular.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Para verificação da procedência da Denúncia e do aditamento apresentado pelo Ministério Público junto ao Tribunal, faz-se necessário analisar cada apontamento em separado.

1. Previsão de desclassificação da proposta em que constar desconto inferior a 5% para os medicamentos éticos e 40% para os medicamentos genéricos e para os similares sobre a tabela ABC FARMA

O edital do Pregão para Registro de Preços n. 045/2015, na cláusula que dispõe sobre os critérios de julgamento das propostas, contém a seguinte previsão:

11.2 Será desclassificada a proposta que apresentar desconto inferior a **5% (cinco por cento)** para medicamentos **ÉTICOS**, **40% (quarenta por cento)** para os **GENÉRICOS** e **40% (quarenta por cento)** para os **SIMILARES**, com no (*sic*) maior desconto apurado na coleta de preços sobre a listagem de A a Z do Órgão oficial da Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico – ABCFARMA/GUIA DA FARMÁCIA.

No entendimento do Denunciante, não há embasamento legal para desclassificar um licitante apenas porque ele apresentou uma proposta inicial com desconto inferior ao estimado no processo, pois “a estimativa realizada durante a elaboração do processo licitatório serve apenas para nortear os órgãos públicos a não adquirirem qualquer bem ou serviço com valor acima do praticado no mercado, e não como critério de inabilitação de um concorrente”.

Em consonância com o entendimento da Unidade Técnica e com do Ministério Público junto ao Tribunal, considero improcedente esse apontamento, pelas razões que passo a expor. O critério de julgamento das propostas previsto no edital, maior desconto por item, nada mais é

do que uma variação do critério do menor preço, no qual será considerada vencedora a proposta que oferecer o maior desconto sobre o valor fixado em uma tabela, de modo que, quanto maior a oferta, menor será o preço do produto ou serviço.

Ao definir o menor desconto aceitável, de maneira indireta a Administração Municipal limitou o valor máximo que poderá ser pago na futura contratação, exigência que se coaduna com as disposições contidas no inciso X do art. 40 da Lei n. 8.666/1993, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, **permitida a fixação de preços máximos** e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48. (grifo nosso)

A doutrina reconhece a possibilidade de que seja fixado o percentual de desconto mínimo em licitação cujo critério de julgamento seja por maior desconto, conforme se extrai da seguinte publicação da Editora Zênite¹:

Muitas entidades da Administração costumam promover licitação e julgá-las valendo-se do critério de ‘maior desconto’ para alguns objetos que desenhem características peculiares, como o agenciamento de passagens aéreas, a aquisição de peças, etc. Nesses casos, a Administração define no instrumento convocatório uma tabela ou parâmetro de preço e os licitantes apresentam suas propostas oferecendo desconto sobre ela. Assim sendo, quem oferece o maior desconto é o vencedor. Essas licitações, na realidade, remetem ao tipo menor preço, porquanto o maior desconto equivale ao menor preço. Pura e simplesmente, o menor preço é apurado de maneira diferente da convencional, em razão de desconto.

Portanto, ao adotar o critério de maior desconto, a Administração busca, em verdade, o menor preço. Consequentemente, é possível definir o desconto mínimo a ser ofertado pelos licitantes, uma vez que esse percentual indicado pela Administração representará o custo máximo que se pretende despendar com a futura contratação.

Sob essa interpretação, não se vislumbra ofensa ao art. 40, inc. X, da Lei de Licitações, segundo o qual o edital deve prever o “**critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48**”. (Grifamos.)

Isso porque, quanto maior o desconto ofertado, menor o dispêndio de recursos públicos. Assim, se a fixação de um percentual de desconto mínimo constitui um limite máximo para os gastos com o futuro contrato, verifica-se que a finalidade do inc. X do art. 40 é preservada, visto que não se estará obstando ou limitando o oferecimento de propostas mais vantajosas para a Administração.

[...]

¹ Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 250, p. 1176/1178, dez. 2014.

À luz do exposto, conclui-se não haver óbices quanto à fixação de percentual de desconto mínimo nas licitações cujo critério de julgamento seja o maior desconto. A indicação do percentual mínimo, nesses casos, corresponde justamente ao montante máximo que a Administração pretende despende com o futuro contrato. Consequentemente, não há ilegalidade na adoção dessa medida.

Outrossim, o Tribunal de Contas da União, ao examinar essa matéria, já se manifestou pela legalidade do estabelecimento de percentual mínimo de desconto, nesses termos:

Acórdão 3344/2010 – Primeira Câmara
Representação – Relator: Weder de Oliveira

No caso em questão, o estabelecimento de percentual mínimo de desconto em relação ao preço de referência equivale a fixar um preço máximo em relação ao preço de referência da passagem aérea, possibilidade admitida pela Lei n. 8.666/1993:

[...]

Não há, pois, ilegalidade no procedimento adotado. Contudo, ao que parece, o percentual mínimo de desconto foi estabelecido em patamar elevado para a situação do mercado, sendo essa, possivelmente, uma das razões para ter ocorrido uma licitação deserta. O próprio órgão reconheceu a impropriedade do percentual fixado e informou à unidade técnica que não irá incluir tal exigência no novo edital. (grifo nosso)

2. Estipulação de prazo de 2 (dois) dias corridos para entrega dos produtos, a contar do recebimento da Nota de Empenho

O item 15.3 do edital do Pregão para Registro de Preços n. 045/2015 dispõe que o fornecedor terá 02 (dois) dias corridos para efetuar a entrega dos produtos solicitados, a partir do recebimento da nota de empenho, sob pena de serem aplicadas as sanções previstas naquele instrumento.

Para o Denunciante, “essa imposição trata de maneira desigual os potenciais licitantes localizados fora do município de Santana do Paraíso [...], dando privilégios aos comerciantes locais”. Em sua avaliação, não é razoável que a Administração Municipal mantenha as empresas licitantes “em eterno estado de prontidão” para atender as demandas da Secretaria Municipal de Saúde, uma vez que as ações do Poder Público devem ser pautadas “em um mínimo planejamento”, sobretudo por se tratar da aquisição de medicamentos.

Embora este Tribunal, em diversos julgados, tenha considerado irregular a fixação de prazo exíguo para o fornecimento de produtos ou serviços, entendo que a razoabilidade do prazo estabelecido em edital deve ser examinada caso a caso.

Compulsando os autos, verifiquei, às fls. 85/86, que oito interessados realizaram o *download* do edital de licitação. Conforme registrado em Ata (fl. 220), seis empresas credenciaram-se para participar do certame, sendo duas de Governador Valadares, uma de Alfenas, uma de Belo Horizonte, uma de Caratinga e uma de Ipatinga. A participação de licitantes sediadas em diferentes municípios, alguns bem distantes de Santana do Paraíso², demonstra que o prazo de

² Distância entre Santana do Paraíso e Alfenas (sede da Alfalagos): 573,2 km; Belo Horizonte (sede da Difarmed): 233,7 km; Caratinga (sede da Distrimix): 112,9 km; Governador Valadares (sede da RD Pharma e da Cofarminas): 106,7 km; e Ipatinga (sede da Drogeria Silviu's): 20,1 km.

entrega fixado no edital não prejudicou a competitividade do certame nem tampouco privilegiou os comerciantes locais.

Ademais, é preciso levar em conta que a especificidade do objeto da licitação contribui para que a Administração imponha tal exigência, uma vez que a demanda de determinados medicamentos é inconstante e poder surgir de forma abrupta.

Por fim, apesar de não vislumbrar irregularidade no caso em exame, considero necessário recomendar aos responsáveis pelas licitações do Município que, em futuros certames, se o prazo fixado para entrega de produtos ou serviços for pequeno, façam constar do procedimento licitatório a justificativa para essa determinação.

3. Falta de justificativa para a vedação à participação de empresas em consórcio

O Ministério Público junto ao Tribunal, utilizando-se da prerrogativa que lhe foi conferida pelo art. 61, § 3º, da Resolução n. 12/2008, apontou que o Edital do Pregão 045/2015 vedou a participação de empresas em consórcio, sem a necessária justificativa. Todavia, considerando a natureza da irregularidade, o estágio em que se encontra o certame e o interesse público envolvido, opinou pela improcedência da Denúncia, com recomendação para que em futuros certames o Município proceda à juntada, ao procedimento de licitação, da devida justificativa para a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, sob pena de ser considerada irregular e aplicada a sanção cabível.

Com efeito, a decisão acerca da participação de empresas em consórcio compete ao órgão promotor da licitação, pois esse é um juízo de oportunidade e conveniência, que se encontra em sua margem de discricionariedade, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.666/1993, que estabelece as regras a serem observadas quando da participação de empresas em consórcio em licitações.

Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho³, abaixo transcrita:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

Embora seja um ato discricionário da Administração, a decisão de vedar a participação de empresas em consórcio deve ser justificada no processo licitatório, consoante entendimento do TCU, expresso nos seguintes julgados:

Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações. Mediante o Acórdão n. 1.102/2009-1ª Câmara, foi expedida determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor: '1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei n. 8.666/1993;'. Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 568.

interpretação do Tribunal estaria equivocada. O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, **não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador, mas sim a ausência de justificativa razoável para a vedação.** A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guereado a seguinte redação: **“caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação. Acórdão n. 1102/2009 1ª Câmara. (g. n.)**

Embora discricionária nos termos do caput do art. 33 da Lei no 8.666/1993, quando houver a opção da Administração pela restrição a participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco a competitividade do certame. **Acórdão 1636/2007 Plenário.**

Justifique a escolha no respectivo processo administrativo da licitação, caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art.33, caput, da Lei no 8.666/1993. **Acórdão 1636/2007 Plenário.**

Saliento que, em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade e relevante vulto, em que empresas isoladamente não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, consoante lição de Justen Filho⁴, *in verbis*:

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 a 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 poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para licitação.

O Tribunal de Contas da União assim se pronunciou sobre o tema:

O art. 33 da Lei de Licitações atribui a Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios nas licitações. A regra, no procedimento licitatório, é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consorcio ampliaria o leque de concorrentes. **Acórdão 1417/2008 Plenário (Sumário)**

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 565.

No caso dos autos, o objeto licitado não apresentava grau de complexidade que reclamasse a formação de consórcio entre os licitantes.

Assim, pelas razões expostas e considerando que e o próprio Ministério Público junto ao Tribunal, autor desse apontamento, entendeu que a proibição da participação de empresas em consórcio não comprometeu a lisura do certame, considero regular o Edital do Pregão Presencial n. 045/2015, Processo Administrativo n. 132/2015, no tocante à não previsão da participação de empresas em consórcio. Todavia, recomendo aos responsáveis que, em futuras licitações, faça constar da fase interna do certame a motivação para a vedação de participação de consórcios, se for este o caso, na esteira do que já foi decidido por este Tribunal nos processos n. 812.534, 862.638, 886.325, 886.497 e 875.659, entre outros.

III – CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, julgo improcedente a Denúncia n. 958.717 e recomendo ao Prefeito e ao Pregoeiro do Município de Santana do Paraíso ou a quem lhes haja sucedido que, em futuras licitações façam constar da fase interna do procedimento licitatório, se for o caso (1) a justificativa para a exigência de entrega de produtos/serviços em prazo diminuto e (2) a motivação para a vedação de participação de consórcios.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da ata de julgamento e diante das razões expendidas no voto da Relatora, em: **I)** julgar improcedente a Denúncia n. 958717; **II)** recomendar ao Prefeito e ao Pregoeiro do Município de Santana do Paraíso ou a quem lhes haja sucedido que, em futuras licitações façam constar da fase interna do procedimento licitatório, se for o caso: (1) a justificativa para a exigência de entrega de produtos/serviços em prazo diminuto e (2) a motivação para a vedação de participação de consórcios; **III)** determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das medidas legais cabíveis à espécie.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Presidente Mauri Torres.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 28 de março de 2017.

MAURI TORRES
Presidente

ADRIENE ANDRADE
Relatora

(assinado eletronicamente)

ahw/mp/ms

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ___/___/____.

Coordenadoria de Sistematização e
Publicação das Deliberações e