

DENÚNCIA N. 862903

Denunciante: Vanderleia Silva Melo
Denunciada: Prefeitura Municipal de São João da Ponte
Responsáveis: Fábio Luiz Fernandes Cordeiro, Dário Fabiano Borges, Geraldo Ruas Cordeiro Júnior, Clarice Silva Mendes, Milton Tardiê Nunes Ferreira
Procuradores: Henrique Matheus Mariani Sossai - OAB/MG 134.380, Charles Jefferson Santos - OAB/MG 123.071, Thiago Calixto Moraes Guimarães – Defensor Público – MADEP 0920-D/MG
MPTC: Elke Andrade Soares de Moura
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

DENÚNCIA. REVOGAÇÃO DO PREGÃO. DEFLAGRAÇÃO DE NOVO PREGÃO PRESENCIAL. PRELIMINAR ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE QUANTITATIVOS E CUSTOS UNITÁRIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA PARA SOCIEDADES RECÉM CONSTITUÍDAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. A chancela dos responsáveis no edital do certame impugnado lhes conferiu responsabilidade pelo conteúdo do referido procedimento licitatório.
2. O Pregão Presencial n. 002/2012 em exame nos autos da Denúncia foi extinto, de forma que, nesse aspecto, houve a perda do objeto, ocasionando a extinção sem resolução de mérito, nos termos do inciso III do art. 176 c/c o § 3º do art. 196 do Regimento Interno.
3. A transparência administrativa é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e assegura maior controle social e participação da sociedade na gestão da coisa pública, reforçando a vigilância sobre a juridicidade e a economicidade da atuação da Administração, faz-se necessária a divulgação, no edital, das planilhas de custo unitário e do valor estimado da contratação, tanto na fase externa do certame, quanto na interna.
4. A exigência de demonstrações financeiras do exercício anterior não pode ser interpretada como exigência de atuação há mais de um ano, sob pena de introduzir mais um requisito de habilitação no âmbito temporal. Empresas recém-constituídas, se preencherem os demais requisitos de habilitação, não podem ser excluídas através de aplicação extensiva de requisitos relacionados com a capacitação econômico-financeira.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

14ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 30/05/2017

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Versam os autos sobre Denúncia formulada por Vanderleia Silva Melo, em face de possíveis irregularidades no Edital de Licitação do Processo Licitatório n. 003/2012 - Pregão Presencial n. 002/2012, deflagrado pelo Município de São João da Ponte, visando adquirir pneus e câmaras de ar, nos termos do Anexo I do Edital.

A irregularidade apontada pela Denunciante referia-se à restrição ao princípio da competitividade, vez que a disposição constante do item XII do Edital exigia a entrega do bem licitado no prazo máximo de 6 (seis) horas, após o recebimento da ordem de fornecimento, o que configurava tratamento discriminatório quanto à localização geográfica do fornecedor.

Recebida a Denúncia, foi determinada a suspensão liminar do certame na fase em que se encontrasse, bem como a intimação dos responsáveis para que comprovassem o cumprimento da ordem de suspensão, sob pena de multa, às fl. 52/54. Em sessão da Primeira Câmara realizada no dia 14/02/2012, a decisão monocrática foi referendada pelo Colegiado, nos termos da Certidão de fl. 70/71.

Atendendo à intimação, o Pregoeiro Oficial do Município apresentou a comprovação da suspensão do certame, à fl. 67/68.

A Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação – CAEL procedeu à análise, às fl. 79/84, e concluiu pela irregularidade do prazo de 6 (seis) horas para entrega do objeto licitado.

Remetidos os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para manifestação preliminar, foi exarado o parecer de fl. 86/100.

O Relator determinou a citação dos responsáveis, Srs. Fábio Luiz Fernandes Cordeiro, Prefeito Municipal à época, e Dário Fabiano Borges, Pregoeiro, à fl. 101, que se manifestaram às fl. 108/111. Nos documentos, comunicaram a revogação do Procedimento Licitatório n. 003/2012 – Pregão Presencial n. 002/2012, e a deflagração de novo certame com o mesmo objeto – Procedimento Licitatório n. 086/2012 – Pregão Presencial n. 050/2012, no qual retificaram o prazo de entrega dos produtos e excluíram a exigência de que os produtos fossem de primeira linha, apresentando os documentos de fl. 112/119.

Foram encaminhados os autos à CAEL para reexame. O Órgão Técnico entendeu que os responsáveis deveriam apresentar o novo edital de Pregão Presencial n. 050/2012 para análise deste Tribunal. Foi determinada a intimação do gestor para que apresentasse cópia de todo o Processo Licitatório n. 086/2012 – Pregão Presencial n. 050/2012, à fl. 126, o foi cumprido, conforme documentos de fl. 130/315 e de fl. 318/586.

A Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação realizou o exame integral do Pregão Presencial n. 050/2012, cujo relatório de fl. 588/608 apresentou a conclusão:

Por todo o exposto, entende esta Unidade Técnica, que o novo edital apresentado, Pregão Presencial nº 050/2012, analisado face as irregularidades apontadas no edital anterior, Pregão Presencial nº 02/2012, bem como, em face da Cartilha - “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação”, apresenta as seguintes irregularidades:

Ausência de justificativa dos índices contábeis adotados;

Ausência do termo de Referência (com destaque para a Planilha de Quantitativos e Custos Unitários);

Ausência de previsão de qualificação econômico-financeira para sociedades recém constituídas;

Prazo de vigência do contrato superior ao permitido por lei para o objeto em tela.

Destaca-se que foram sanadas as seguintes irregularidades:

Prazo Exíguo Para Entrega dos Produtos Licitados;

Exigência de produto de primeira qualidade.

Tendo em vista que o edital suspenso foi revogado e publicado outro edital com o mesmo objeto, Pregão Presencial nº 050/2012, ora analisado, o qual inclusive já foi contratado, contrato às fls. 557/561, e considerando que foi respeitado o devido contraditório, entende-se que os responsáveis estão sujeitos à multa prevista no artigo 85, V, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas (LC n.102/2008).

Os autos retornaram ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para emissão de parecer. Este ratificou os apontamentos feitos pelo Órgão Técnico em seu relatório de fl. 588/608, e apresentou apontamentos complementares atinentes a: (a) vedação à participação em consórcio, (b) ausência de previsão da aplicação da Lei Complementar n. 123/2006, (c) ausência do Termo de Referência como anexo do edital e (d) ausência de justificativa dos índices contábeis adotados, pelos motivos consignados no parecer de fls. 611/622.

O Relator determinou a citação de todos os responsáveis, Sr. Milton Tardiê Nunes Ferreira, Sr. Geraldo Ruas Cordeiro Junior e Sra. Clarice Silva Mendes, para que, caso quisessem, apresentassem defesa acerca das irregularidades apontadas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, conforme despacho de fl. 624.

Em cumprimento à determinação, foram apresentadas as defesas e documentos pelo Sr. Milton Tardiê Nunes Ferreira, às fl. 633/668, Sr. Geraldo Ruas Cordeiro Junior, às fl. 670/692, e pela Sra. Clarice Silva Mendes, às fl. 693/698.

Encaminhados os autos à CAEL para reexame, a Unidade Técnica elaborou o relatório de fl. 701 a 709-v, concluindo:

Por todo o exposto, esta Unidade Técnica conclui pela procedência dos fatos da denúncia, em relação a seguinte irregularidade: prazo de vigência do contrato superior ao permitido por lei para o objeto em tela.

Todavia, considerando que o contrato não foi prorrogado, entende-se que pode ser enviada recomendação ao atual gestor do Município de São João da Ponte, a fim de que no caso de constatação de erro grosseiro em edital de licitação, o mesmo seja imediatamente corrigido.

Retornaram os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para parecer conclusivo, às fl. 711/713, que entendeu que persistiram as irregularidades sem as devidas justificativas: (a) vedação à participação em consórcio, (b) ausência de previsão da aplicação da Lei Complementar n. 123/2006, (c) ausência de justificativa dos índices contábeis adotados, e concluiu:

Em face do exposto, tendo em vista as irregularidades detectadas no Processo licitatório n. 086/2012 – Pregão Presencial n. 050/2012, CONCLUI este Ministério Público de Contas pela procedência da denúncia e aplicação de multa aos responsáveis, com espeque no art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008.

É o relatório no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar de ilegitimidade passiva

O Sr. Geraldo Ruas Cordeiro Junior e a Sra. Clarice Silva Mendes, respectivamente, pregoeiro e membro da equipe de apoio, em suas defesas de fl. 670/676 e fl. 693/695v, suscitaram que deveriam ser excluídos da lide, uma vez que a confecção do edital de licitação não é atribuição do pregoeiro, razão pela qual lhes faltaria legitimidade para figurar no pólo passivo deste processo. O Sr. Milton Tardiê Nunes Ferreira suscitou que a responsabilidade pelas irregularidades constantes do edital em análise fosse atribuída à empresa Maxime Assessoria Ltda.

Entendo que as alegações são improcedentes, tendo em vista o que o subscritor do certame assume a responsabilidade pelo conteúdo do procedimento licitatório. Ressalta-se que a Administração Pública tem o dever de licitar e os responsáveis são os seus agentes que agiram no cumprimento de tal dever. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

A alegação de que não é responsável em virtude de só ter assinado a Ordem Bancária não se sustenta. A lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. A participação de vários agentes é um método de controle amplamente utilizado, tanto no setor público quanto no privado. Conforme a importância de um ato ou decisão, maior o número de responsáveis chamados a participar da operação. Quem, de fato, autoriza os atos administrativos é quem os assina: sem assinatura do ordenador de despesas, não há gestão de recursos financeiros do órgão. **Quem assina um documento é responsável pelos seus efeitos;** se vários agentes colaboraram para a irregularidade, são solidariamente responsáveis. **A assinatura do administrador público em contratos, convênios, empenhos, ordens bancárias, cheques e demais instrumentos de administração não é meramente decorativa; tem por função garantir a responsabilidade do assinante.** Acórdão 343/2007 – Plenário, relator: Ministro Valmir Campelo. (Grifo nosso).

De fato, a princípio, a redação de editais não é uma obrigação conferida aos pregoeiros, haja vista o silêncio da Lei nº 10.520/02. Entretanto, a assinatura do ato convocatório, como ocorrido no caso, implica a assunção de responsabilidade do signatário pelas cláusulas nele incluídas, ainda que não as tenha redigido.

Nesse sentido, esse Tribunal já se manifestou na Consulta nº 862137, respondida na Sessão Plenária do dia 11/12/13, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, publicado no Diário Oficial de Contas de 07/03/2014:

Assim, considerando que o Decreto Estadual estabeleceu que é atribuição da autoridade competente, ou a quem essa delegar, assinar o edital, e que a legislação vigente não estabeleceu de forma exaustiva as atribuições do pregoeiro, imprescindível verificar se a citada atribuição pode ser delegada ao pregoeiro.

Da mesma forma que a Lei Estadual, a Lei Federal do Pregão n. 10.520/02 não estabelece a quem compete assinar o edital e julgar as impugnações relativas ao pregão.

Já o Decreto Federal do Pregão n. 3.555/00, no art. 12, assim como o Decreto Estadual n. 44.786/08, estabelece que cabe ao pregoeiro decidir sobre a impugnação, mas não atribui a ninguém a assinatura do edital, diferentemente do Decreto Estadual que a atribui a autoridade competente.

Os doutrinadores Marçal Justen Filho, Benedito Tolosa Filho e Edgar Guimarães comentando a competência para elaboração do edital, sob a ótica da Lei Federal do Pregão n. 10.520/02 e o Decreto Federal do Pregão n. 3.555/00, que assim como o decreto estadual atribuem competência ao pregoeiro para julgar as impugnações, admitem a possibilidade de concentração das funções de assinar o edital e julgar as impugnações no pregoeiro.

Marçal Justen Filho¹, pontua que cabe a cada entidade determinar, no âmbito de sua autonomia organizacional, a titularidade da competência para elaboração do ato convocatório, *“in verbis”*:

É relevante destacar que o dispositivo silenciou sobre a elaboração do edital, que não foi formalmente incluída nas atribuições da autoridade competente. É verdade que o tema

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 316

não necessita ser tratado no âmbito do Decreto, eis que se trata de atribuição de competência interna a cada órgão.

No entanto, o art. 11(sic) determinou que cabe ao pregoeiro decidir as impugnações e fornecer os esclarecimentos relativamente ao edital. Isso pode conduzir à consagração da sistemática de que o pregoeiro seria titular da competência também para elaborar o edital. Essa solução não é obrigatória e até poderá configurar-se como inadequada. Cabe a cada entidade determinar, no âmbito de sua autonomia organizacional, a titularidade da competência para elaboração do ato convocatório, ainda que a competência para conhecer e decidir impugnações e pedidos de esclarecimento seja do pregoeiro. (g.n.)

(...)

Depreendo da consulta informal junto a Comissão de Licitação, que os pregoeiros e os membros de comissões de licitação detêm conhecimentos multidisciplinares necessários à elaboração de editais com os mais diversos objetos. Além disso, ao elaborar o regulamento interno de uma licitação, os pregoeiros passam a conhecer profundamente as regras dispostas e as necessidades da Administração o que permite o aperfeiçoamento diuturno, a cada licitação realizada.

Este também é o entendimento de Paulo Sérgio de Monteiro Reis², em artigo publicado na revista Zênite, “in verbis”:

Os já longos anos em que militamos nessa árdua tarefa de conduzir licitações públicas nos levam a aderir, de forma peremptória, à última linha de doutrinadores. Não temos dúvida em afirmar que o melhor caminho, a solução mais adequada para a Administração Pública, é a elaboração do instrumento convocatório por quem vai conduzir todo o procedimento licitatório. Só quem milita no dia-a-dia das licitações, em suas diversas fases, é que tem o indispensável conhecimento para a elaboração de um edital sem vícios, falhas e omissões tão danosas à Administração, porque levam ao insucesso da licitação, ou por não permitirem que ela chegue ao seu término.

(...)

Encarregar a comissão de licitação da elaboração do edital é atitude inteligente, que preserva a Administração de problemas futuros e que aumenta enormemente as possibilidades de um êxito total na licitação.

(...)

O importante, para o sucesso que a Administração Pública almeja e precisa obter nos processos licitatórios, é que os editais sejam elaborados por quem tem prática na condução de licitações, pois só essas pessoas sabem como criar o melhor texto, o texto mais adequado a esse fim pretendido.(g.n.)

A análise e julgamento das impugnações mune o pregoeiro de conhecimentos que permitem o aprimoramento dos editais subsequentes, o que gera eficiência e não necessariamente viola a imparcialidade do julgamento.

Desse modo, não há que se falar em ausência de legitimidade do Senhores Geraldo Ruas Cordeiro, Milton Tardiê Nunes Ferreira e Clarice Silva Mendes, para figurarem no pólo passivo do presente Processo, tendo em vista que a chancela dos mesmos no edital do certame impugnado lhes conferiu responsabilidade pelo conteúdo do referido procedimento licitatório, conforme fl. 355.

Portanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva arguída.

² REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. O edital: quem deve elaborar. Revista Zênite -Informativo de Licitações e Contratos - >; n. 67; 798-709; Ano Pub.: 1999; Mês pub.:09

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Também rejeito-a.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também acompanho o voto do Relator.

NA PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Preliminar Processual

Em razão da determinação pelo relator, Conselheiro Cláudio Terrão, de suspensão liminar *inaudita altera pars* do Processo Licitatório n. 003/2012 - Pregão Presencial n. 002/2012, deflagrado pelo Município de São João da Ponte, a municipalidade comprovou a suspensão do procedimento, conforme publicação à fl. 67. A decisão monocrática do relator foi aprovada pela Primeira Câmara do TCEMG na sessão do dia 14/02/2012 a fl. 70 e 71.

O relator, Conselheiro Cláudio Terrão, determinou a citação do Sr. Fábio Luiz Fernandes Cordeiro, Prefeito Municipal à época, e do Sr. Dário Fabiano Borges, Pregoeiro, para apresentar defesa, à fl. 101.

Citados, os responsáveis apresentaram defesas, a fl. 108 a 111 e fl. 130 a 132, nas quais comunicaram que o Município revogou o Processo Licitatório n. 003/2012 - Pregão Presencial n. 002/2012, conforme publicação de fl. 114 e 115.

Com o desfazimento do certame provocou a perda do objeto dos autos no que diz respeito ao referido procedimento. Portanto, o Pregão Presencial n. 002/2012 em exame nos autos da Denúncia foi extinto, de forma que, nesse aspecto, houve a perda do objeto, ocasionando a extinção sem resolução de mérito, nos termos do inciso III do art. 176 c/c o § 3º do art. 196 do Regimento Interno.

Contudo, considerando que os responsáveis instauraram outro procedimento licitatório com o mesmo objeto do que fora revogado, e a correspondente minuta do ato convocatório fora remetida a este Tribunal, passa-se à sua análise.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Também estou de acordo.

NA PRELIMINAR PROCESSUAL, APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

14:50/MO

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Mérito

Das irregularidades do Pregão Presencial n. 050/2012

Na análise do novo Edital, o Órgão Técnico constatou as seguintes irregularidades: (a) ausência de justificativa dos índices contábeis adotados; (b) ausência do termo de Referência (com destaque para a Planilha de Quantitativos e Custos Unitários); (c) ausência de previsão de qualificação econômico-financeira para sociedades recém constituídas; (d) prazo de vigência do contrato superior ao permitido por lei para o objeto em tela.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por sua vez, entendeu irregulares (a) vedação à participação em consórcio, (b) ausência de previsão da aplicação da Lei Complementar n. 123/2006, (c) ausência do Termo de Referência como anexo do edital e (d) ausência de justificativa dos índices contábeis adotados.

Passo a deliberar sobre cada um dos apontamentos.

Das irregularidades apontadas pela Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação

(a) Ausência de justificativa dos índices contábeis adotados

O Sr. Milton Tardiê Nunes Ferreira arguiu que a ausência de motivação do ato de escolha dos índices contábeis constituiu falha de caráter meramente formal, que dispensava a cominação de multa, bem como requereu a desconsideração da irregularidade (fl. 636/639).

Conforme pronunciou-se a Unidade Técnica na análise de fl. 596/600, reputam-se como aceitáveis os índices contábeis praticados no Pregão Presencial n. 050/2012, sendo adequados ao caso, cumprindo a finalidade de assegurar ao Município a capacidade do futuro contratante no adimplemento de sua obrigação contratual, por meio da demonstração da saúde financeira da licitante.

Assim, regular o Edital neste item, pois foram adotados índices usuais de mercado.

(b) Ausência do Termo de Referência (com destaque para a Planilha de Quantitativos e Custos Unitários)

O Sr. Milton Tardiê Nunes Ferreira manifestou-se pela desconsideração da referida irregularidade, tendo em vista a disponibilização de descrição detalhada, com preços unitários e quantidades dos itens, publicada no edital em exame, conforme planilha às fl. 640/641.

A Unidade Técnica se manifestou:

Embora essa unidade técnica venha se manifestando que é recomendável a publicação da planilha de custos unitários nos procedimentos licitatórios referentes ao Pregão, a fim de proporcionar transparência e isonomia, esta Corte de Contas decidiu que a ausência da publicação dos custos no edital de pregão não pode ser considerada como irregularidade:

(...)

entende-se que não há irregularidade na ausência de orçamento estimado em planilha como anexo do edital, uma vez que comprovada a sua elaboração na fase interna do procedimento licitatório.

De mais a mais, verifica-se que o orçamento estimado em planilha de preço unitário e valor global está inserida no objeto do Edital nº 060/2012, referente ao Procedimento Licitatório nº 086/2012, Pregão Presencial nº 050/2012, fl.343.

Quanto ao dever de anexar o orçamento estimado com quantitativos e custos unitários ao edital de pregão, impende destacar que, em que pese o entendimento consolidado desta Corte de Contas – de que nas licitações na modalidade pregão, dispensa-se a inclusão do orçamento estimado em planilhas na fase externa do certame – invoco disposição literal de lei que corrobora meu entendimento, vejamos.

A Lei n. 8.666/93 – aplicada subsidiariamente ao pregão por força do art. 9º da Lei n. 10.520/05 – determina, expressamente, em seu art. 40, §2º, II, que constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Esse dispositivo privilegia a máxima efetividade dos princípios constitucionais e legais aplicáveis aos procedimentos licitatórios, tendo absoluta preponderância sobre eventual discricionariedade do administrador de fazer constar, ou não, do edital, o orçamento estimado em planilhas.

Sob uma interpretação sistemática dos princípios consagrados no arcabouço legislativo aplicável – em especial, a publicidade, a igualdade e o julgamento objetivo – parece-me indispensável que os interessados sejam informados quanto às regras aplicadas no prélio seletivo, dentre elas o orçamento estimado, que é condição essencial para o julgamento das propostas.

Nessa esteira de raciocínio, o art. 44, § 1º, da Lei n. 8.666/93 revela o caráter teleológico da aplicação do princípio da publicidade ao orçamento estimado, vedando a utilização de critérios sigilosos de julgamento:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Seguindo a mesma orientação principiológica, o art. 4º, III, da Lei n. 10.520/02, por sua vez, dispõe que constarão do ato convocatório todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, dentre eles, ressaltado, o critério de aceitação das propostas, que está intimamente relacionado ao preço estimado de mercado e que será aplicado no julgamento objetivo a ser proferido.

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho³ é enfático, entendendo, para licitações em geral, inclusive pregões⁴, que:

Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor de orçamento ou preço máximo. Lembre-se que um Estado Democrático de Direito envolve o princípio da transparência da atividade administrativa, somente se admitindo sigilo em situações que ponham em risco interesses relevantes, transcendentais. No caso, o próprio art. 44, § 1º, explicitamente proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo.

Diante do exposto, considerando, ainda, que a transparência administrativa é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e assegura maior controle social e participação da sociedade na gestão da coisa pública, reforçando a vigilância sobre a juridicidade e a economicidade da atuação da Administração, considero necessária a divulgação, no edital, das planilhas de custo unitário e do valor estimado da contratação, tanto na fase externa do certame, quanto na interna. No presente caso restou comprovada a sua elaboração na fase interna do procedimento licitatório.

Isto posto julgo procedente este apontamento de irregularidade aditado pela Unidade Técnica, mas deixo de aplicar, no entanto, multa por não vislumbrar ofensa à lisura do certame ou má-

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 550.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 4ª ed., rev., atual., de acordo com a Lei Federal 10.520/2002 e os Decretos Federais 3.555/2000 e 5.450/2005. São Paulo: Dialética, 2005, p. 71.

fê por parte dos responsáveis, eis que não restou evidenciado comprometimento ao princípio da competitividade.

Sendo assim, recomendo aos atuais gestores que nos próximos editais, que possuam objeto idêntico ou assemelhado ao ora analisado, que elaborem orçamento detalhado em planilhas de custos unitários dos serviços licitados, em ambas as fases do processo licitatório, interna e externa, em cumprimento ao disposto no art. 7º, § 2º, II, c/c art. 40, §2º, II, da Lei n. 8.666/93.

(c) Ausência de previsão de qualificação econômico-financeira para sociedades recém constituídas

Em sua análise inicial, a Unidade Técnica opinou pela irregularidade referente à ausência de previsão de apresentação de qualificação econômico-financeira de modo diverso para as empresas recém constituídas, tendo em vista que o edital exigiu apresentação de balanço patrimonial correspondente ao último exercício.

O Sr. Milton Tardiê Nunes Ferreira afirmou que não haver previsão quanto à possibilidade de comprovação de qualificação econômico-financeira de modo diverso para as empresas recém-constituídas não trouxe prejuízo para nenhum concorrente, o qual poderia ter impugnado o edital, ou comprovado a solidez econômica por outros meios, tais como a apresentação do capital social correspondente ao menos ao percentual de 10% (dez por cento) do valor total estimado da contratação, fl. 643.

Este Tribunal de Contas já se pronunciou sobre a questão na Denúncia n. 886535, de relatoria do Conselheiro Mauri Torres, julgada na Sessão da Primeira Câmara do dia 15/12/15:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS E PROTETORES PARA VEÍCULOS. APONTAMENTOS. EXIGÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO DA MARCA. EXIGÊNCIA DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. NÃO UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS RECÉM-CONSTITUÍDAS. PREVISÃO IRREGULAR DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO POR ATÉ 60 MESES. AUSÊNCIA DE MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL E RECURSOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS. PUBLICIDADE RESTRITA DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA. FALHAS INSUFICIENTES PARA MACULAR O CERTAME. RECOMENDAÇÕES E DETERMINAÇÃO.

(...)

4. Recomenda-se que nos próximos certames seja prevista a aceitação de balanço de abertura, desde que devidamente registrados ou autenticados pela Junta Comercial competente, para fins de qualificação econômico-financeira das empresas constituídas no curso do próprio exercício, exigindo-se das empresas recém-constituídas apenas o balanço de abertura devidamente registrado na JUCEMG.

Acolho as razões apresentadas no sentido de que a ausência de referidas regras no edital para a qualificação econômico-financeira de sociedades recém constituídas não resultou em exclusão da participação de empresas em tal situação. No entanto, recomendo que, nos próximos editais de licitação, conste regra específica para qualificação econômico-financeira de sociedades recém constituídas que devem apresentar balanço de abertura ou último balanço patrimonial levantado, assinado pelo representante legal e seu contador, inscrito no CRC.

(d) Prazo de vigência do contrato superior ao permitido por lei para o objeto em tela

Em sede de defesa, o Sr. Milton Tardiê Nunes Ferreira alegou que houve erro de digitação, uma vez que a Cláusula Quarta da minuta do contrato constante do edital previa o prazo de

vigência do contrato até 31 de dezembro de 2012, de modo que deve ser superada a irregularidade, pois não foi prevista no contrato e realizada a prorrogação em desconformidade com a Lei de Licitações (fl. 643/644).

De fato, consta da Cláusula Quarta do ANEXO IV – MINUTA do CONTRATUAL, do Edital do Pregão Presencial n. 050/2012, à fl. 361:

O prazo de vigência do Contrato será até 31 de dezembro de 2012, a contar da data de sua assinatura, o qual poderá ser prorrogado nos termos do inciso II do artigo 57 da Lei 8.666/93 e suas alterações.

Desse modo, em consonância com a análise técnica, entendo pela recomendação ao atual gestor do Município de São João da Ponte, a fim de que no caso de constatação de erro grosseiro em edital de licitação, o mesmo seja imediatamente corrigido, a fim de garantir maior precisão e coerência ao procedimento licitatório.

Das irregularidades apontadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas

(a) Vedação à participação em consórcio sem justificativa

Segundo o *Parquet*, é irregular a vedação de participação de empresas reunidas em consórcio sem justificativa. A defesa não se manifestou sobre a matéria.

O art. 33 da Lei n. 8.666/1993 dispõe:

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

Da redação do *caput* do art. 33, acima transcrito, depreende-se que a oportunidade de permitir a participação de empresas em consórcio, expressa no advérbio “quando”, é discricionária, portanto sujeita à avaliação de mérito do administrador no tocante ao caso concreto.

É esse o entendimento do Tribunal de Contas da União:

(...)

No mesmo sentido é a regra insculpida no art. 33 da Lei nº 8.666/1993, que estipula as normas a serem seguidas pela Administração nas hipóteses em que for permitida a participação de consórcios na licitação. Trata-se de escolha discricionária da Administração, a ser verificada caso a caso. Muitas vezes, a formação de consórcio pode ensejar redução no caráter competitivo, pois facilitaria que empresas, que seriam naturalmente competidoras entre si, acordassem para participar da licitação.

Em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Nestes casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio.⁵

No mesmo sentido, esse Tribunal de Contas deliberou nos autos de Denúncia 880588, de Relatoria da Conselheira Adriene Andrade, Sessão da Primeira Câmara de 28/03/2017:

Primeiramente, cumpre salientar que cabe ao órgão promotor da licitação a decisão acerca da participação de empresas em consórcio, pois é um juízo de oportunidade e conveniência que se encontra em sua margem de discricionariedade, na forma do art. 33 da Lei n. 8.666/1993, que estabelece as normas a serem observadas quando for permitida na licitação a participação de empresas em consórcio. Vejamos o dispositivo da lei:

⁵ Processo 012.485/2002-9. Acórdão 22/2003, Plenário Sessão 22/01/2003- Voto do Ministro Benjamin Zymler

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

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 arts. 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 de 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.

Registro, nesse sentido, a lição de Marçal Justen Filho⁶:

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.

O Conselheiro Gilberto Diniz, relator do Processo n. 859159, também entendeu pela não obrigatoriedade, advertindo, contudo, sobre a necessidade de motivação quando presente a vedação no edital:

No entanto, embora esteja no âmbito da discricionariedade da Administração, o Poder Público não está liberado para decidir pela vedação da participação de empresas em consórcio, tornando-se necessário que do processo licitatório conste justificativa plausível da sua escolha, conforme vem se sedimentando a jurisprudência, baseada no entendimento do TCU, exarado no Acórdão n. 1102/2009 - 1ª Câmara, com o seguinte teor:

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 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

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 465.

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 guerreado 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.” (g.n.)

(...)

A regra é que a licitação seja a disputa individual entre empresas. O consórcio de empresas representa a união de esforços entre elas, que se faz necessária quando o objeto apresenta questões de alta complexidade e de relevante vulto que impedem a participação individual, o que nos permite dizer que a união de empresas em consórcio é a especificidade frente à regra da individualidade. Nesse sentido foi o posicionamento do Tribunal de Contas da União nos seguintes julgados:

1. O art. 33 da Lei de Licitações atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios nas licitações. 2. 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 consórcio ampliaria o leque de concorrentes. 3. É cabível a exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional mediante atestados, sendo admitida, inclusive, a possibilidade de exigências de quantitativos mínimos e prazos máximos para essa comprovação, desde que demonstrada a adequação e pertinência de tal exigência em relação ao objeto licitado. 4. A qualificação exigida pela Lei 8.666/1993 para os membros da equipe técnica responsáveis pelos trabalhos refere-se à experiência profissional, que não necessariamente guarda relação com o tempo de formado, mas pela participação em obra ou serviço de características semelhantes. (**Acórdão 1417/2008-plenário**)

9.2- deve ser admitida a formação de consórcio quanto o objeto a ser licitado envolver questões de alta complexidade e de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não tenham condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa, em atendimento ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993” (Acórdão 2898/2012-plenário).

Entendo, acorde com os julgados aqui colacionados, que a vedação à participação de empresa sob controle de um mesmo grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, em suas possibilidades legais de constituição como grupo econômico, tais como empresa controladora ou consorciadas e outras, é ato discricionário do administrador, que, entretanto, deve, em observância ao princípio da transparência ora vigente em nosso ordenamento jurídico, justificar essa sua opção na fase interna do procedimento licitatório. Cumpre destacar, contudo, que a ausência de motivação, por si só, não torna irregular o ato convocatório.

Verifico que não há complexidade no objeto a ensejar a necessidade de reunião de empresas em consórcio e, por último, constatei que a vedação não acarretou a ausência de interessados, não se podendo falar em restrição à ampla participação.

Desse modo, com a devida vênia do MPTC, não entendo irregular o item analisado, pois a falta de justificativa para a vedação de participação de empresas reunidas em consórcio não macula a lisura do certame, quando se tratar de objeto não complexo e de contratação de menor vulto, que não exijam a reunião de qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas, de modo a propiciar maior competitividade no certame.

(b) Ausência de previsão da aplicação da Lei Complementar n. 123/2006

Nos termos do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, entendeu pela irregularidade a ausência de previsão da aplicação da Lei Complementar n. 123/2006. A defesa não se manifestou sobre a matéria.

O edital do Pregão Presencial n. 050/2012 é omissivo quanto à possibilidade da aplicação da Lei Complementar n. 123/2006. No entanto, a omissão da previsão no edital não impede a aplicação dos seus dispositivos, se um dos licitantes estivesse nas condições de usufruir dos benefícios nela previstos e assim pugnassem.

Este Tribunal de Contas já se pronunciou sobre o tema na Consulta n. 862465, respondida pelo Conselheiro Mauri Torres, na sessão do Pleno do dia 30/05/2012:

CONSULTA - LICITAÇÃO - MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE - TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO - LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 - PRAZO ESPECIAL PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL (ARTS. 42 E 43) E DIREITO DE PREFERÊNCIA (ARTS. 44 E 45) - AUTOAPLICABILIDADE DOS DISPOSITIVOS - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, INDEPENDENTEMENTE DE REGULAMENTAÇÃO OU DE PREVISÃO EDITALÍCIA - DECISÃO UNÂNIME. 1 - Diante da autoaplicabilidade do disposto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar 123/06 não é necessária regulamentação para que o licitante usufrua dos privilégios ali dispostos. Apesar de ser recomendada a expressa previsão desses benefícios no edital, sua concessão deve ocorrer independentemente dessa previsão. 2 - A edição da lei e atos normativos determinada pelo artigo 77, § 1º da Lei Complementar 123/2006 não se aplica especificamente quanto ao tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às MEs e às EPPs elencado nos artigos 42 a 45 da referida lei, objeto da presente consulta. Logo, não há que se falar em imposição de sanção em caso de omissão legislativa regulamentadora dos benefícios previstos nesses artigos.

Assim, apesar da ausência de previsão no edital do Pregão Presencial n. 050/2012 no tocante à aplicação da Lei Complementar n. 123/2006, a concessão desses benefícios deve ocorrer independentemente de sua inclusão no edital, posto que decorrem de mandamento legal. Por essa razão, não aplico multa aos responsáveis pela falta de previsão no edital do Pregão Presencial n. 050/2012, contudo recomendo ao atual gestor para aplicação de referidas regras quando da realização do certame.

III – CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, em preliminar, rejeito a ilegitimidade passiva arguida, tendo em vista a chancela no edital do certame impugnado lhes conferiu responsabilidade pelo conteúdo do referido procedimento licitatório.

Declaro, na preliminar, a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do inciso III do art. 176 c/c o § 3º do art. 196 do Regimento Interno, quanto ao Processo Licitatório n. 003/2012 - Pregão Presencial n. 002/2012 tendo em vista que o Município revogou o referido certame.

No mérito, pela extinção do processo com resolução de mérito, quanto ao Pregão Presencial n. 050/2012, nos termos previstos no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e no art. 196, § 2º, da Resolução n. 12/2008, RITCEMG, e julgo parcialmente procedente os apontamentos de irregularidades.

Deixo de aplicar multa aos Senhores Geraldo Ruas Cordeiro, Milton Tardiê Nunes Ferreira e Clarice Silva Mendes, respectivamente, Pregoeiro oficial e membros da equipe responsável pelo Pregão Presencial n. 050/2012, uma vez que os apontamentos não estão dotados de gravidade que justifiquem a aplicação de sanção, mostrando-se suficiente a expedição de recomendações.

Recomendo ao atual Prefeito do Município de São João da Ponte que, nas próximas licitações com o mesmo objeto, abstenha-se de cometer as irregularidades apontadas na fundamentação.

Determino o arquivamento dos autos, com fundamento no parágrafo único do art. 305 e art. 176, inciso I, da Resolução n. 12/2008.

Intimem-se os interessados por via postal.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Senhor Presidente, acompanho o voto do Relator, salvo, relativamente ao item “b” do voto, necessidade de planilha de quantitativos e custos unitários nas fases interna e externa, razão pela qual rogo vênias para divergir quanto à recomendação pois, por força do disposto no art. 3º, inciso III, da Lei n.º 10.520/02, lei de regência do Pregão Presencial n.º 50/2012, diferente do que prevê o art. 40 da Lei n.º 8.666/93, basta que o referido documento conste da fase interna, despendendo, portanto, ser anexado ao edital, fase externa do procedimento licitatório.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Conselheiro Sebastião Helvecio, deseja se pronunciar com relação à observação?

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Não, não tem observação.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Acolhe a observação?

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Não, mantenho a minha posição, Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Voto de acordo com o Relator e vou acompanhar as observações apresentadas pelo Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, COM AS OBSERVAÇÕES DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO, QUANTO A NÃO RECOMENDAÇÃO NO ITEM “b”.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, em: **I)** rejeitar, por unanimidade, na preliminar, a ilegitimidade passiva arguida; **II)** declarar, por

unanimidade, na preliminar processual, a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do inciso III do art. 176, c/c o § 3º do art. 196 do Regimento Interno, quanto ao Processo Licitatório n. 003/2012 - Pregão Presencial n. 002/2012, tendo em vista que o Município revogou o referido certame; **III)** julgar, no mérito, por unanimidade, parcialmente procedente os apontamentos de irregularidades e declarar a extinção do processo, com resolução de mérito, quanto ao Pregão Presencial n. 050/2012, nos termos previstos no inciso I do art. 487 do Código de Processo Civil e no § 2º do art. 196 da Resolução n. 12/2008, RITCEMG; **IV)** deixar de aplicar multa aos Senhores Geraldo Ruas Cordeiro Júnior, Milton Tardiê Nunes Ferreira e Clarice Silva Mendes, respectivamente, Pregoeiro oficial e membros da equipe responsável pelo Pregão Presencial n. 050/2012, por unanimidade, uma vez que os apontamentos não estão dotados de gravidade que justifique a aplicação de sanção, mostrando-se suficiente a expedição de recomendações; **V)** recomendar, por maioria de votos, ao atual Prefeito do Município de São João da Ponte que, nas próximas licitações com o mesmo objeto, abstenha-se de cometer as irregularidades apontadas na fundamentação do inteiro teor desta decisão, sendo que, quanto ao item “b”, conforme observação feita pelo Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, basta que o orçamento detalhado em planilhas de custos unitários dos serviços licitados conste da fase interna; **VI)** determinar o arquivamento dos autos, nos termos previstos no parágrafo único do art. 305 e no inciso I do art. 176 da Resolução n. 12/2008; **VII)** determinar a intimação dos interessados, por via postal, do inteiro teor dessa decisão. Vencido, em parte, o Conselheiro Relator Sebastião Helvecio. Aprovado o voto do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 30 de maio de 2017.

MAURI TORRES
Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO
Relator

(assinado eletronicamente)

ms/mp

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coord. Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência**