

AGRAVO N. 969572

Agravante: Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais
Jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Coqueiral
Processo referente: **Denúncia n. 958975**
MPTC: Marcílio Barenco Correa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

E M E N T A

AGRAVO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INDEFERIMENTO DE CITAÇÃO EM PROCESSO DE DENÚNCIA. INVIABILIDADE DA ABERTURA DE CONTRADITÓRIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não havendo sido indicada grave infração a norma legal ou regulamentar, e não havendo tampouco constatação das demais condutas descritas no art. 85 da Lei Complementar n.º 102/08, conclui-se pela inviabilidade da abertura de contraditório, haja vista a inexistência de imputação de grave ofensa a norma legal ou regulamentar.

Segunda Câmara
6ª Sessão Ordinária – 10/03/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto pelo Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas Marcílio Barenco Corrêa de Mello em face da decisão interlocutória em que se denegou o pedido ministerial para a citação dos responsáveis na Denúncia n.º 958.975.

O agravante tece considerações acerca do contraditório, ressaltando que o direito de defesa, a teor do Regimento Interno, é exercido a partir da citação. Valendo-se a autorizada doutrina, destaca que “ninguém pode ser acusado sem ser ouvido” (fl. 06). Assevera que a não explicitação de justificativa à vedação à participação de consórcios no certame licitatório é ilícita. Requer, assim, que seja revista a decisão hostilizada e citados os responsáveis acerca da suposta irregularidade descrita.

Emitida a certidão de que trata o art. 328, regimental (fl. 10), vieram-me os autos conclusos.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Preliminar

Em preliminar, conheço do presente recurso, uma vez que foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 337 e 338 do Regimento Interno deste Tribunal.

2. Mérito

O recorrente pleiteia a citação do Prefeito Arnaldo Lemos Figueiredo e do Pregoeiro Marcos Valério Lara, do Município de Coqueiral, para que apresentem defesa sobre a proibição, sem justificativa técnica, de participação de empresas em consórcio na licitação.

Contudo, não há indicação, na peça recursal, dos dispositivos legais ou regulamentares supostamente infringidos pelos denunciados, passíveis de sanção e que suscitariam a abertura do contraditório.

A conduta indicada é a ausência de justificativa à participação de empresas em consórcio em certame licitatório promovido pela Prefeitura de Coqueiral. Entre as razões recursais, todavia, não se encontra informação quanto à existência de normativo por meio do qual se obrigue os órgãos licitantes a documentar sua conclusão pela inoportunidade da autorização à participação de empresas em consórcio.

Do texto da principal lei de regência acerca da matéria, aliás, Lei n.º 8.666/93, extrai-se ilação precisamente oposta ao alegado pelo recorrente, a conferir:

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

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.

A discricionariedade do Administrador, nesse ponto, é reconhecida pela jurisprudência dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e de Santa Catarina, conforme ementas a seguir colacionadas:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO – CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL N. 000036/2004 – **POSSIBILIDADE DE PREVISÃO ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO** – INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO SELETIVO, DESDE QUE RESPEITADAS AS REGRAS DA LICITAÇÃO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO – SEGURANÇA DENEGADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO”. (grifo nosso). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.062965-3, de Timbó, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 21/09/2010).

“LICITAÇÃO – **PROIBIÇÃO DE CONSÓRCIO – POSSIBILIDADE – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA** – Mandado de Segurança. Licitação. Prédio escolar. Construção, fornecimento, instalação e manutenção de elevador. Exigências. Proibição de consórcio de empresas e comprovação”. (grifo nosso). (TJSP, AC 9101434-06.2005.8.26.0000 – 4ªCDPub. – Rel. Des. Ana Luiza Liarte – Dje 19.06.2010)

Em sentido idêntico, o Tribunal de Contas da União já decidiu:

“**CONSÓRCIO DE EMPRESAS – PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO – VEDAÇÃO – POSSIBILIDADE** – Relatório de auditoria. Conhecimento das representações juntadas ao presente processo. Procedência parcial. Determinação ao Ministério da Integração Nacional. Arquivamento”. (grifo nosso). (TCU - Ac. 1165/2012 – TC 037.773/2011-9 – Plenário – Rel. Min. Raimundo Carreiro – 16.05.2012).

Assim, se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Ademais, 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. Exatamente nesse sentido leciona o administrativista Marçal Justen Filho:

“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.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., p. 476)

Obviamente, o caso em análise na Denúncia n.º 958.975, que trata de pregão presencial, não envolve contratação extraordinária, haja vista que, nos termos do art. 1º da Lei n.º 10.520/02, tal modalidade destina-se precisamente à “aquisição de bens e serviços comuns”.

A propósito, os consideráveis riscos da banalização dos consórcios, que não passaram despercebidos pelo legislador, são também descritos em pormenor pelo referido autor:

“Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição. Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade.” (Idem)

Andou bem a Administração, portanto, ao restringir a participação de empresas consorciadas, prática potencialmente anticompetitiva e lesiva ao erário, incompatível com a aquisição de produtos e serviços comuns por meio de pregão e desestimulada na Lei Nacional de Licitações e Contratos.

Conforme exposto, não havendo sido indicada, nos autos da Denúncia n.º 958.975 ou do presente recurso, grave infração a norma legal ou regulamentar, constatação que inviabiliza a imposição da sanção prevista no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n.º 102/08, e não havendo tampouco constatação das condutas descritas nos demais incisos do referido dispositivo, conclui-se pela inexistência de imputação sobre a qual instaurar o contraditório naquele processo.

Assim, pelos seus próprios fundamentos, a decisão monocrática recorrida deve ser integralmente confirmada.

III – CONCLUSÃO

Em preliminar, conheço do recurso, interposto a tempo e modo.

No mérito, não havendo sido indicada, nos autos da Denúncia n.º 958.975 ou do presente recurso, grave infração a norma legal ou regulamentar, e não havendo tampouco constatação das demais condutas descritas no art. 85 da Lei Complementar n.º 102/08, concluo pela inviabilidade da abertura de contraditório naquele processo, haja vista a inexistência de imputação de grave ofensa a norma legal ou regulamentar, e nego provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a decisão de indeferir o requerimento ministerial de citação dos responsáveis.

Intime-se o Órgão Ministerial, nos termos regimentais.

Cumpridas as disposições dos arts. 340 e 341 da Resolução TC n.º 12/08, arquivem-se os presentes autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, em conformidade com a ata de julgamento, diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, preliminarmente, em conhecer do presente Agravo, uma vez que foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 337 e 338 do Regimento Interno deste Tribunal, e, no mérito, em negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a decisão de indeferir o requerimento ministerial de citação dos responsáveis, não havendo sido indicada, nos autos da Denúncia n.º 958975 ou do presente recurso, grave infração a norma legal ou regulamentar, e não havendo tampouco constatação das demais condutas descritas no art. 85 da Lei Complementar n.º 102/08, sendo inviável a abertura de contraditório naquele processo, haja vista a inexistência de imputação de grave ofensa a norma legal ou regulamentar. Intime-se o Órgão Ministerial, nos termos regimentais. Cumpridas as disposições dos arts. 340 e 341 da Resolução TC n.º 12/08, arquivem-se os presentes autos.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros José Alves Viana, Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Subprocuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de março de 2016.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado eletronicamente)

cn/FG

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**