TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

# DENÚNCIA N. 932390

| | |
|---|---|
| **Denunciante:** | Adilson Alves da Silva |
| **Procedência:** | Prefeitura Municipal de Três Marias |
| **Responsáveis:** | Vicente de Paulo Resende, Thaís Kênia Castelo Branco Marciano e Ramon Lúcio Pires |
| **Apenso:** | Denúncia n. **932392** |
| **Interessada:** | Rosimeire Pereira Lima |
| **Procurador:** | Tadahiro Tsubouchi – OAB/MG 54221 |
| **MPTC**: | Marcílio Barenco Corrêa de Mello |
| **RELATOR:** | CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA |

## EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. REJEITADA A APLICAÇÃO DA REVELIA. MÉRITO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADES EMPRESARIAIS DOS LICITANTES INICIADAS, NO MÍNIMO, DOZE MESES ANTES DA REALIZAÇÃO DE SESSÃO DE PROCESSAMENTO DO PREGÃO. PENALIDADES PREVISTAS NO ART. 87 DA LEI DE LICITAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO EDITAL-SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. AFASTADAS AS IRREGULARIDADES. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA EMPRESA PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA. IRREGULARIDADE. RECOMENDAÇÃO.

1. A apresentação extemporânea de novos elementos aos autos poderá ser aceita pelo Relator, com fulcro no art. 188 do RITCMG, podendo ele, até mesmo, ao tomar conhecimento de fato novo, determinar o reexame da matéria, sendo descabido, de plano, o apelo à figura da preclusão como óbice à ampla participação no processo.
2. A prestação de serviços de transporte escolar constitui serviço de grande responsabilidade, exigindo do administrador cautelas mais rigorosas, além de constante supervisão e controle quanto à sua segurança e qualidade por parte do poder público, razão pela qual, nessa situação é pertinente a inserção, no edital, de exigências suplementares que, em outras contratações, versando objetos menos complexos, poderiam ser afastadas ou mitigadas.
3. O Município é competente para aplicar as penalidades previstas no art. 87 da Lei de Licitações por descumprimento de condições pactuadas em contratos com ele firmados.
4. Está no âmbito da discricionariedade da Administração a participação ou não de empresas em consórcio, não havendo necessidade de constar no processo licitatório justificativa para sua escolha.
5. Na licitação para Registro de Preços, a indicação da disponibilidade orçamentária (art. 14 da Lei 8.666/93) somente será obrigatória no momento da efetiva contratação.
6. A lista de documentos hábeis aos procedimentos de habilitação apresenta enumeração fechada, não sendo lícito ao gestor ou à equipe responsável pela licitação exigir que os licitantes apresentem outros, além daqueles taxativamente previstos nos artigos 27 a 31 da Lei de Licitações para efeitos de habilitação.

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

**Segunda Câmara**
**28ª Sessão Ordinária – 15/09/2016**

## I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncias apresentadas por Adilson Alves da Silva, sócio administrador da empresa Transportadora AD Três (processo nº 932.390), e pela empresa Rosimeire Pereira Lima – ME (processo nº 932.392), referentes ao Processo Licitatório - Pregão Presencial de Registro de Preços nº 040/2014, tipo Menor Preço por Item, promovido pela Prefeitura Municipal de Três Marias, que tem como objeto o registro de preços para contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar no município de Três Marias, incluindo motorista, visando atender aos alunos do ensino fundamental e educação infantil da rede municipal de ensino, que residem na área rural do município, com uso de veículos conforme capacidades mínimas previstas na Tabela de Descrições do Termo, com no máximo 15 (quinze) anos de fabricação para veículos rodoviários (ônibus e micro-ônibus) e 10 (dez) anos para veículos utilitários (vans, etc.), conforme itinerário constante no Anexo I – Termo de Referência do edital.

A Denúncia nº 932.390 foi protocolizada nesta Casa em 09/07/2014 e a Denúncia nº 932.392, em 30/07/2014, sendo ambas distribuídas à minha relatoria em 06/08/2014 (fls. 72 e 154, dos respectivos processos), sendo que a sessão de processamento do Pregão estava determinada para realizar-se no dia 05/06/2014 (fl. 23 do processo nº 932390).

Em 07/08/2014 determinei o apensamento da Denúncia nº 932.392 aos autos da Denúncia nº 932.390 e, em sede de medida preliminar de instrução do processo, determinei a intimação do Sr. Vicente de Paulo Resende, Prefeito Municipal de Três Marias, e do Sr. Ramon Lúcio Pires, Pregoeiro, para encaminharem cópia integral de todo o processo licitatório (fase interna e externa) e, querendo, apresentarem os esclarecimentos que entendessem pertinentes acerca das questões abordadas nas denúncias (despacho de fls. 73 e 74).

Em atendimento à determinação referida, os interessados encaminharam a manifestação de fls. 80/85, na qual apresentaram explicações para os fatos denunciados.

A referida manifestação veio acompanhada da documentação de fls. 86/945, dentre a qual se encontram acostados os contratos assinados com os licitantes vencedores, pelo que entendi prejudicado o pedido de suspensão liminar do certame (fls. 947 e 948).

Encaminhados os autos à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise, elaborou a Unidade Técnica o relatório de fls. 953/963, concluindo não haver constatado transgressão à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária ou patrimonial, pelo que sugeriu o arquivamento das denúncias.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifestou-se às fls. 965, aditando às denúncias as seguintes irregularidades:

1. Inexistência de justificativas para a vedação de participação de empresas em consórcio (fls. 969/973);
2. Ausência de indicação orçamentária no edital (fls. 973/974);
3. Exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa para fins de comprovação de capacidade técnica (fls. 974/975).

Citados os responsáveis, em cumprimento ao despacho de fl. 977 (documentos de fls. 980/985), o Sr. Vicente de Paulo Resende, Prefeito Municipal de Três Marias e o Sr. Ramon Lúcio Pires, Pregoeiro, apresentaram, por seu procurador legalmente constituído (fls. 995 e 996) a defesa de fls. 986/994, acompanhada dos documentos de fls. 995/1004.

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

A Senhora Thaís Kênia Castelo Branco Marciano, Secretária Municipal de Educação e subscritora do edital, não se manifestou (certidão de fl. 1006).

Devolvidos os autos ao Órgão Técnico para exame das argumentações e documentação apresentadas, concluiu-se pelo acolhimento das justificativas atinentes ao item 2 - ausência de indicação orçamentária no edital e pela ratificação dos apontamentos constantes dos itens 1 e 3, qual sejam, inexistência de justificativas para a vedação de participação de empresas em consórcio e exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa para fins de comprovação de capacidade técnica.

O *Parquet*, em manifestação conclusiva de fls. 1016/1019, opinou pela decretação da revelia da Secretária de Educação do Município de Três Marias; pela irregularidade do Processo Licitatório nº 066/2014 – Pregão Presencial nº 040/2014; pela aplicação de sanção pecuniária pessoal aos responsáveis e pela recomendação ao Prefeito Municipal para que, em novos certames com objeto idêntico ou similar ao ora analisado, suprima as irregularidades apuradas por esta Corte.

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 Preliminar

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas pugnou pela decretação de revelia da Secretária de Educação do Município de Três Marias, Sra. Thaís Kênia Castelo Branco Marciano, com arrimo no art. 79 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.

No tocante à questão suscitada, o Excelentíssimo Senhor Conselheiro Gilberto Diniz, Relator da Denúncia nº 862.365, em julgamento ocorrido em Sessão do dia 06/02/2014, perante a Segunda Câmara, em voto aprovado à unanimidade, assim se pronunciou:

> "...analisando a questão da revelia, constato a impossibilidade da aplicação de seus efeitos, mormente a confissão ficta, nos processos que tramitam no âmbito dos Tribunais de Contas. No processo civil, onde, em regra, prevalecem interesses particulares, a revelia acerca de direitos disponíveis torna o fato incontroverso. O desatendimento da citação, no âmbito dos Tribunais de Contas, não importa o reconhecimento da verdade dos fatos. As decisões dos Tribunais de Contas, norteado pelo interesse público e sua indisponibilidade, baseiam-se na verdade material, não podendo advir de meras presunções pela simples inércia do administrado, devendo no prosseguimento do processo, perseguir a verdade dos fatos.
>
> Consentâneo com este entendimento, Gleydson Antônio Pinheiro, Procurador do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, em seu artigo intitulado A revelia e seus efeitos no âmbito dos Tribunais de Contas, de forma clara e coerente, assim expõe:
>
> > 'As decisões do Tribunal de Contas advêm de um processo administrativo, em que o Estado-Administração estará atuando na figura de julgador e de parte ativa no respectivo processo. Assim, utilizar o raciocínio do direito privado para delimitar os efeitos da revelia nos processos que desenvolvem nos Tribunais de Contas não condiz com a essência do processo administrativo. No processo civil, busca-se a verdade formal, já que em regra, está-se diante de interesses particulares disponíveis. No processo administrativo, o direito probatório é direcionado pela busca da verdade material, pela procura da forma como verdadeiramente os fatos ocorreram no mundo real.'
>
> O art. 322 do CPC arrola duas outras consequências processuais da revelia: os prazos correrão, independentemente de intimação, contra o revel que não tenha patrono

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

> constituído nos autos e, apesar da possibilidade de o revel intervir no processo em qualquer fase, recebê-lo-á no estado em que se encontre.
>
> Em relação a esta última consequência, embora, nos processos judiciais, os atos preclusos não possam ser repetidos, devendo o revel participar da marcha processual e assumir o ônus de sua conduta, na esfera administrativa, o efeito decorrente da preclusão deve ser necessariamente mitigado, em função da aplicabilidade dos princípios da verdade material e do formalismo moderado. Desse modo, por exemplo, a apresentação extemporânea de novos elementos aos autos poderá ser aceita pelo Relator, com fulcro no art. 188 do RITCMG, podendo, até mesmo, ao tomar conhecimento de fato novo, determinar o reexame da matéria, sendo descabido, de plano, o apelo à figura da preclusão como óbice à ampla participação no processo.
>
> Embora tenha sido constatada a revelia do jurisdicionado, já que se mostrou inerte ao chamamento deste Tribunal, em que pese o disposto no transcrito art. 79 da Lei Complementar nº 102, de 2008, entendo como inaplicável a regra relativa aos efeitos da revelia aos processos em curso neste Tribunal, no que tange a considerar como verdadeiras as irregularidades aduzidas na denúncia, sem o devido e necessário exame para perquirir a verdade material. ”

Acolhendo o voto acima transcrito, rejeito a aplicação da revelia, nos termos pretendidos pelo Órgão Ministerial.

## II.2 Da denúncia subscrita pelo Sr. Adilson Alves da Silva (932.390)

Insurgiu-se o Denunciante contra a disposição contida no item 10.1.1 “i” do edital do Pregão Presencial nº 040/2014 que exigia, para fins de habilitação, a comprovação de que as atividades empresariais dos licitantes, tivessem se iniciado, no mínimo, doze meses antes da realização de sessão de processamento do Pregão, em razão do que foi impedido de participar do procedimento em questão.

Segundo ele, teria restado evidente que a negação de seu direito a participar do certame licitatório 040/2014 afrontara a Lei de Licitações, considerando-se o caráter primordial da licitação, que é a concorrência.

Dispõe o referido dispositivo (fls. 19 e 30):

> 10 – DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO (Envelope 02)
>
> (...)
>
> 10.1.1 – Documentos para Habilitação Pessoa Jurídica:
>
> (...)
>
> i) Contrato Social e todas as alterações se houver ou a última consolidada, comprovando início de atividade de, no mínimo, 12 (doze) meses anteriores à realização da sessão de processamento do Pregão. O objeto do contrato deverá ser compatível com o objeto licitado, sob pena de desclassificação;

Sobre a questão manifestaram-se os defendentes:

> “Desnecessário tecer maiores digressões sobre a especificidade desse tipo de transporte, que em hipótese alguma pode ser equiparado a transporte normal de pessoas, dada a qualidade do usuário/passageiros alunos em período escolar.
>
> Nesse sentido, a prévia demonstração de que o licitante já desempenhava atividade compatível ou similar ao objeto licitado é plenamente lícito e regular, não se constituindo em restrição, limitação ou qualquer forma de dificultador à participação do certame.
>
> (...)

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

> Logo, a exigência de comprovação, para fins de habilitação para o desenvolvimento do transporte escolar não se afigura como exigência contrária aos princípios da isonomia e da competitividade, mas ao contrário, em segurança aos alunos transportados. ” (fl. 83)

Aduziram os interessados que já ocorrem situações em que os responsáveis legais de empresas desclassificadas em licitações, por força de exigências editalícias, ou apenadas em razão de descumprimento de contratos anteriores, criaram novas empresas para novamente concorrerem, conforme sucedeu com o próprio Denunciante.

Informara que o Denunciante era proprietário da empresa de transportes AGTRES TRANSPORTE LTDA – ME, em relação à qual foram apuradas irregularidades por comissões processantes instituídas pela Câmara Municipal e pelo Executivo, “... restando comprovada FRAUDE FISCAL, visto que através de ação vedada em Lei, promoveu a execução de prestação de serviços, valendo-se da força de trabalho alheia sem, contudo, promover a satisfação de recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes”, pelo que foi impedida (fl. 84) de licitar e contratar com a Administração Direta e Indireta do município de Três Marias por 5 anos, além de multada, no valor de R$ 27.142,38 (vinte e sete mil, cento e quarenta e dois reais e trinta e oito centavos).

Segundo afirma o próprio Denunciante à fl. 2, sua empresa – Transportadora e Locação de Veículos Ad Três Ltda. – ME, foi constituída em 19/12/2013, ou seja, aproximadamente 06 (seis) meses antes da sessão de processamento do Pregão (05/06/2014).

Inicialmente cumpre salientar que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A norma impugnada pelo denunciante como violadora ao princípio da concorrência não vulnera a característica concorrencial dos procedimentos licitatórios.

Verifico que a Administração Pública, num juízo de conveniência e oportunidade, deliberou que somente pessoas jurídicas que atendessem ao requisito de tempo mínimo de pré-constituição participariam do certame.

A empresa do Denunciante não atendia a tal requisito objetivo e, conforme sustentaram os interessados, não apresentou qualquer impugnação à existência da referida cláusula no curso do procedimento licitatório, o que ensejou a preclusão administrativa da discussão sobre ser justa ou injusta, legal ou ilegal a cláusula objetada.

Entendo que a cláusula editalícia em questão não é desproporcional, absurda, nem violou princípios da licitação, já que a Administração Pública pode estabelecer no instrumento convocatório exigências que visem resguardar o bom atendimento do objeto licitado.

No caso em exame a contratação administrativa versava sobre a prestação de serviços de transporte escolar, serviço de grande responsabilidade, que exige do administrador cautelas mais rigorosas.

Como bem salientou o Órgão Técnico (fl. 960) o serviço de transporte é de execução continuada, exigindo constante supervisão e controle quanto à sua segurança e qualidade por parte do poder público, razão pela qual, nessa situação é pertinente a inserção, no edital, de exigências suplementares que, em outras contratações, versando objetos menos complexos, poderiam ser afastadas ou mitigadas.

Assim sendo, considero adequada a exigência editalícia em questão e impertinente a irregularidade aventada.

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

**II.3 Da denúncia subscrita pela Sra. Rosimeire Lima (932.392)**

Na denúncia em questão insurge-se a Denunciante contra ato do Prefeito Municipal que, em procedimento investigatório realizado pela Câmara Municipal em virtude de supostas irregularidades em licitação anterior (com objeto idêntico ao do Pregão nº 040/2014), aplicou-lhe as penalidades previstas no art. 87 da Lei de Licitações.

Segundo ela, tal ação punitiva teria aberto caminho para que a empresa de transportes LEAL & SAVALA, de propriedade de parentes do Vereador Sebastião da Fonseca Leal, participasse do procedimento licitatório, visto que outros concorrentes foram eliminados, em virtude da referida penalidade.

Ao final, solicitou a Denunciante que fosse determinada a anulação do procedimento licitatório nº 040/2014 e a suspensão das punições impostas aos investigados pela Comissão Especial de Processo Administrativo da Câmara Municipal de Três Marias.

Sobre a questão o Prefeito Municipal e o Procurador Geral do Município, Srs. Vicente de Paulo Resende e Matias Márcio Lima e Silva, respectivamente, salientaram que o Município de Três Marias, assegurando a todos os envolvidos o direito ao contraditório e à ampla defesa, concluiu procedimento administrativo onde apenou empresas participantes do Edital n.º 29/2013, impondo-lhes as sanções legais aplicáveis (multas e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública), sendo certo que a Administração Municipal agiu dentro dos comandos legais.

Ressaltaram os interessados que, ao contrário da afirmação da Denunciante (uma das penalizadas), todo o processo foi conduzido com absoluta imparcialidade e que as conclusões dele extraídas lastrearam-se em provas produzidas sem quaisquer interferências externas, acrescentando (fl. 87):

> "... em face da decisão no processo administrativo que aplicou à denunciante a penalidade de impedimento de licitar e de multa, não se interpôs nenhum recurso ocorrendo, via de consequência, o trânsito em julgado da decisão administrativa. "

Discorreram sobre o Processo Licitatório n.º 001/2014, cujo objeto era a prestação de serviços de transporte escolar (posteriormente anulado) e afirmaram que sua anulação levou a Administração a prorrogar emergencialmente a contratação do transporte escolar por até 180 (cento e oitenta) dias com determinadas prestadoras destes serviços.

Esclareceram que, todavia, não houve prorrogação desses contratos e que, concomitantemente, o Município instaurou novo procedimento licitatório para o transporte escolar - Pregão Presencial de Registro de Preços nº 040/2014, contra o qual não foi interposta qualquer impugnação.

Aduziram descabimento da alegação de incompetência do Município para a aplicação de penalidades por descumprimento de condições pactuadas nos respectivos contratos, visto que a questão era ligada unicamente à execução contratual e não à destinação de recursos à educação.

Sustentaram não haver evidências relativas à alegada prática de tráfico de influência e favorecimento real de empresas ligadas ao Vereador Sebastião da Fonseca Leal e finalizaram sustentando que a pretensão disposta na presente denúncia carece de embasamento legal, vez que, em todos os procedimentos, a legislação foi rigorosamente observada e que a Denunciante deixou transcorrer em branco os prazos para registrar seu inconformismo.

Compulsando os autos não é possível verificar evidências referentes ao aventado tráfico de influências, nem ilegalidades nos procedimentos administrativos adotados pelo gestor municipal, vez que observaram o disposto nas normas pertinentes.

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

Assim sendo, entendo que as providências adotadas pela Administração Municipal se deram em estrito cumprimento ao regime jurídico-administrativo, pelo que afasto as supostas irregularidades denunciadas.

### II.4 Dos apontamentos aditados pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas

### II.4.1 Inexistência de justificativas para a vedação de participação de empresas em consórcio (fls. 969/973)

O item 5 do edital do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 040/2014 estabelece:

> 5 – DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO
>
> (...)
>
> 5.4 – Não será admitida a participação dos interessados sob a forma de consórcio.

Destacou o Órgão Ministerial a inexistência de justificativa para a vedação em questão.

Os defendentes alegaram que a simples leitura do *caput* do art. 33 da Lei de Licitações leva ao entendimento de que o regramento à participação de licitantes em consórcio é uma exceção e não regra, razão do comando condicional "quando permitida".

Segundo eles, o ente promotor do procedimento licitatório nada mais fez do que "observar a regra", pelo que não haveria sentido em justificar o porquê de estar fazendo o que a lei determina.

Afirmaram que a participação de empresas em consórcio é recomendada para licitações de grande vulto e alta complexidade, não se amoldando ao presente certame, e acrescentaram que tal vedação não feriu o caráter competitivo do certame, uma vez que nele participaram 17 (dezessete) empresas, o que por si só afastava qualquer alusão à ilegalidade.

Embora tenha adotado, no passado, entendimento de que a vedação de participação de empresas em consórcio devesse ser justificada, passo a rever o meu posicionamento.

A reunião de empresas em consórcio é a forma pela qual as empresas potencializam mutuamente os seus atributos, adicionando esforços a fim de atingir o objetivo comum, qual seja: a contratação administrativa e a execução da obra, serviços ou mesmo a concessão de serviço público.

Se a Administração averiguar que diversas empresas no mercado estão aptas a adimplir tal serviço isoladamente, a participação de consórcios não será necessária, vez que a ausência dos consórcios não significa, necessariamente, a obtenção de propostas menos vantajosas.

Nesse aspecto, Marçal Justen Filho[1] ensina que

> "há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição".

E acrescenta que

---

[1] *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* – 12.ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 463.

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

> "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. "

Por oportuno, vale transcrever 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:

> 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.

O *caput* do referido artigo 33 evidencia o caráter excepcional da participação de consórcios: "**Quando permitida** na licitação a participação de empresas em consórcio (...)". Ou seja, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

Além disso, desde que observados os limites legais, a escolha da melhor forma de contratação cabe à Administração, usando critérios de conveniência e oportunidade, resguardando-se a isonomia entre os licitantes, a vantagem para a Administração e a sustentabilidade como preservação do meio ambiente, nos termos do art. 225 da Constituição republicana e do art. 3º da Lei de Licitações e Contratos.

Nota-se, que não há no normativo próprio dispositivo por meio do qual se obrigue os órgãos licitantes a justificarem sua conclusão autorizando ou vedando a participação de empresas em consórcio.

Por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário n. 952058, da Relatoria do Conselheiro José Alves Viana, levado à apreciação do Tribunal Pleno na 23ª Sessão Ordinária realizada no dia 03/08/2016, pronunciou-se o nobre Conselheiro no sentido de que:

> "(...) nego provimento ao recurso, 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".

Na mesma ocasião manifestou-se o Conselheiro em Substituição Hamilton Coelho:

> "(...) se nas licitações para 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 à sua restrição".

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

Por sua vez, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão posicionou-se em relação à questão da seguinte forma:

> "(...) a leitura do disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas (...)".

Vale ressaltar que o voto do Relator foi aprovado por unanimidade.

À argumentação de que somente nas licitações de grande vulto e alta complexidade seria admissível a participação de consórcios empresariais, entendo que em procedimentos licitatórios cujo objeto não envolva obras e serviços reconhecidamente complexos ou de grande extensão, para os quais haja necessidade da reunião de várias empresas, é possível a vedação em questão, por se tratar de decisão que se encontra no âmbito da discricionariedade da Administração.

Assim sendo, por oportuno, cumpre ressaltar, que a situação em análise trata-se de pregão presencial, cujo objeto é a contratação de empresa para prestação de serviços de transporte escolar, não envolvendo contratação de alta complexidade, que dificilmente demandaria a associação de duas ou mais empresas.

Dessa forma, de todo exposto, por não haver infração à norma legal ou regulamentar, entendo regular o presente apontamento, sendo desnecessário a justificativa para vedação à participação de empresas reunidas em consórcio.

### II.4.2 Ausência de indicação orçamentária no edital (fls. 973/974)

Apontou o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que o instrumento convocatório, no item 04, que versa sobre os Recursos para o Custeio das Despesas (fl. 25), deixou de indicar os recursos que custearão as despesas, sem a devida especificação da rubrica orçamentária correspondente, o que configuraria grave irregularidade.

Chama a atenção, o Órgão Ministerial, para a necessidade da prévia dotação orçamentária, suficiente para suportar a respectiva despesa, bem como deve ser verificada a estimativa do impacto orçamentário-financeiro da despesa a ser gerada, conforme dispõe a Lei Federal nº 8.666/93, nos artigos 7º, §2º, inciso III; 14 e 38, c/c com o art. 167, incisos I e II da Carta Magna.

Acrescentou que a Lei Geral de Licitações, em seu art. 55, inciso V, determina como cláusula necessária no contrato a ser firmado a indicação do "crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica".

Os defendentes sustentaram que a posição do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas estaria correta se se tratasse de licitação comum, o que não era o caso, visto se tratar de Sistema de Registro de Preços.

Segundo eles,

> ... no sistema de registro de preços não há expectativa de contratar diferentemente do que ocorre numa licitação convencional, em que a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor confere, ao menos, uma expectativa de contratação." (fl. 990)

Argumentaram, ainda, que o Município, regulamentando o Sistema de Registro de Preços, editou o Decreto nº 1903/2012 (fls. 1000/1004), o qual não contemplava a necessidade de indicação orçamentária, visto que esta somente seria exigida quando da formalização do contrato. Assim, somente no momento da celebração do contrato, seria informada a respectiva dotação orçamentária, suficiente a suportar a respectiva despesa, encerrando-se, nesse ponto, o ciclo de sua legalidade, e finalizaram afirmando absoluta legalidade do procedimento.

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS fl. ___ MINAS GERAIS

Procede a argumentação defensiva quanto à legalidade da ausência de indicação da dotação orçamentária no instrumento convocatório, vez que no sistema de Registro de Preços não há, da parte da Administração Pública, obrigatoriedade da contratação.

A literatura especializada entende que a indicação da disponibilidade orçamentária (art. 14 da Lei 8.666/93) somente será obrigatória no momento da efetiva contratação e não quando da abertura da licitação.

Balizando tal entendimento, destaca-se o ponto de vista do doutrinador Jorge Jacoby[1], nos seguintes termos:

> "Não há necessidade de que o órgão tenha prévia dotação orçamentária porque o Sistema de Registro de Preços, ao contrário da licitação convencional, não obriga a Administração Pública face à expressa disposição legal nesse sentido".

Justen Filho[2], partilhando a mesma opinião, preleciona:

> "No sistema de registro de preços, a Administração efetiva a licitação e, após registrados os preços, aguarda a liberação de recursos. Tão logo isso ocorre, as contratações podem fazer-se imediatamente. Assim, os recursos orçamentários não permanecem sem utilização."

Sobre a matéria tem-se ainda o entendimento da Advocacia Geral da União expressado na Orientação Normativa nº 20, de 1º de abril de 2009, segundo a qual:

> "Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato."

Por derradeiro, tem-se o Decreto Federal nº 7.892/2013 que ao regulamentar o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, consignou no § 2º de seu artigo 7º, *verbis*:

> "Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil."

Desse modo, acolho a justificativa apresentada para afastar o apontamento inicial da manifestação ministerial.

### II.4.3 Da exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa para fins de comprovação de capacidade técnica

Aponta o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que o subitem 10.1.1, "h" do edital determinava, para fins de capacidade técnica, a apresentação de alvará de localização e funcionamento, exigência que, segundo ele, se mostrou indevida, por não constar da lista dos documentos passíveis de serem exigidos nos termos da Lei nº 10.520/2002.

Os defendentes argumentaram que, embora referido alvará não estivesse colacionado dentre os documentos exigíveis para fins de habilitação, de acordo com as Leis nºs 8.666/93 e 10.520/02, tal documento é indispensável para o funcionamento da empresa.

Segundo eles, a exigência do documento em questão tem como objetivo primário verificar se a empresa preencheu os requisitos para seu funcionamento, possibilitando até mesmo o exercício do Poder de Polícia quanto às atividades do licitante, e acrescenta que tal exigência

---

[2] FILHO. Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 193.

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. 1345574

não trouxe nenhum prejuízo à Administração, nem aos interessados, o que se comprovaria pelo grande número de licitantes no certame." (fls. 992/993).

Enfatizaram, que a exigência do alvará não teria ofendido o estatuto licitatório, mas buscou garantir à Administração a existência e funcionamento da empresa.

Finalmente pugnaram pela preclusão administrativa, ao fundamento de que "a todo e qualquer licitante ou cidadão, *ex vi* do art. 41 §§ 1º e 2º da LNL, poderiam ter impugnado o edital, como forma prévia de controle de legalidade do ato convocatório, questionando a exigência se fosse a mesma realmente abusiva, ilegal ou limitadora da participação do certame."

Marçal Justen Filho[3], discorrendo sobre a presente questão, expressou ponto de vista no sentido de que a lista de documentos hábeis aos procedimentos de habilitação (artigos 27 a 31 da Lei de Licitações) apresentam enumeração fechada, não sendo lícito ao gestor ou à equipe responsável pela licitação, exigir que os licitantes apresentem outros, além daqueles taxativamente previstos nos mencionados dispositivos, para efeitos de habilitação.

Explica o ilustre doutrinador:

> "o art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem *numerus clausus* ..." (grifa-se)

Ao apreciar a Denúncia nº 873.370, de relatoria do então Conselheiro Presidente em exercício, Cláudio Couto Terrão, na Sessão da Primeira Câmara de 04/12/2012, decidiu esta Egrégia Corte:

> De fato, a exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva, uma vez que a referida exigência não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei 10.502/02, afastando a participação dos potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la se vencedores da licitação.
>
> A esse respeito, transcrevem-se algumas considerações de Joel de Menezes Niebuhr:
>
> As exigências para habilitação não podem ser excessivas, desproporcionais ao objeto do futuro contrato, o que redundaria em afastamento artificioso e ilegal da licitação de pessoas e empresas efetivamente aptas a participarem dela, que poderiam oferecer excelentes propostas e cumprir a contento os termos do contrato. Exigências de habilitação demasiadas e impertinentes afetam os princípios da competitividade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade[4].

Assim sendo, verifico que a inserção da exigência de alvará de funcionamento no edital em análise configura-se desarrazoada; em desconformidade com a legislação que regulamenta a matéria, pelo que ratifico o apontamento aditado pelo Órgão Ministerial.

## III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, analisadas as Denúncias, e sopesando a defesa apresentada, as manifestações do Órgão Técnico e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas bem como documentação acostada, julgo-as parcialmente procedentes em razão da irregularidade aditada pelo *Parquet* referente à exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa para fins de comprovação de capacidade técnica.

---

[3] FILHO, Marçal Justen. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. ed. Editora Dialética, 2010, p. 400.
[4] NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico De Acordo com o Decreto nº 5.450/05. 3ed. Curitiba: Zênite

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. 1345574

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS fl. ___

Deixo, contudo, de determinar a aplicação de sanção pecuniária aos responsáveis por constatar que o Pregão Presencial de Registro de Preços nº 040/2014, apesar da falha apurada, atendeu o necessário caráter competitivo do certame, haja vista a participação de 17 (dezessete) empresas, o que possibilitou a busca da proposta mais vantajosa à Administração e, por consequência, o atendimento ao interesse público.

Determino, entretanto, na esteira do entendimento do Órgão Ministerial, que se recomende aos responsáveis que nos futuros procedimentos licitatórios, deixem de incluir nos editais exigências de apresentação de documentos que não os taxativamente previstos na legislação que regulamenta a matéria, a não ser que exista legislação específica, nos termos do disposto no inciso IV, do art. 30, da Lei n. 8.666/93, devendo ser juntada aos autos do procedimento licitatório a sua comprovação.

Intimem-se as partes da presente decisão e, ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos nos termos do art.176, inciso I do RITCMG.

É como voto.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, preliminarmente, em rejeitar a decretação de revelia da Sra. Thaís Kênia Castelo Branco Marciano, suscitada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas; e, no mérito, em: **1)** julgar parcialmente procedentes as denúncias em razão da irregularidade, aditada pelo *Parquet*, referente à exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa para fins de comprovação de capacidade técnica; **2)** deixar de determinar a aplicação de sanção pecuniária aos responsáveis por constatar que o Pregão Presencial de Registro de Preços n. 040/2014, apesar da falha apurada, atendeu o necessário caráter competitivo do certame, haja vista a participação de 17 (dezessete) empresas, o que possibilitou a busca da proposta mais vantajosa à Administração e, por consequência, o atendimento ao interesse público; **3)** recomendar aos responsáveis que, nos futuros procedimentos licitatórios, deixem de incluir nos editais exigências de apresentação de documentos que não os taxativamente previstos na legislação que regulamenta a matéria, a não ser que exista legislação específica, nos termos do disposto no inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/93, devendo ser juntada aos autos do procedimento licitatório a sua comprovação. Intimem-se as partes da presente decisão e, ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos nos termos do art.176, inciso I, do RITCMG.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Gilberto Diniz. Declarada a suspeição do Conselheiro José Alves Viana.

Presente à sessão o Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 15 de setembro de 2016.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(*assinado eletronicamente*)

Sf

**CERTIDÃO**

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

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

_____

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

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. 1345574