

EDITAL DE LICITAÇÃO N. 912100

Jurisdicionado:	Prefeitura Municipal de Jaíba
Apenso:	Denúncia n. 911904
Responsáveis:	Enoch Vinícius de Campos Lima, Prefeito Municipal de Jaíba, à época e Téofilo Gomes Caires, Pregoeiro Municipal, à época
Procuradores:	Érika Cristina Batista Morais, OAB/MG 147.169; João Victor Tavares Pereira, OAB/MG 147.965; Amanda Mattos Carvalho Almeida, OAB/MG 127.391; Arnaldo Silva Júnior, OAB/MG 72.629; Juliana Degani Paes Leme, OAB/MG 97.063; Rodrigo Ribeiro Pereira, OAB/MG 83.032; Raphael David Duarte Mariano, OAB/MG 135.397; Danilo Burle Carneiro de Abreu, OAB/MG 141.164; Patrick Mariano Fonseca Cardoso, OAB/MG 143.314; Alexandre de Sá Rêgo, OAB/MG 178.982
MPTC:	Elke Andrade Soares de Moura
RELATOR:	CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

EDITAL DE LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE ESCOLAR. EXIGÊNCIA DE AUTENTICAÇÃO DOS DOCUMENTOS EM CARTÓRIO. IRREGULARIDADE NÃO MACULOU O CERTAME. EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES DE DISTRIBUIÇÃO CRIMINAL E DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS PARA FINS DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE OFENSA À DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL AFASTADA A IRREGULARIDADE. PREVISÃO DE REAJUSTE CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FALTA DE INDICAÇÃO DOS VALORES ESTIMADOS DE CADA ROTA NO TERMO DE REFERÊNCIA. AFASTADA A IRREGULARIDADE APONTADA NOS TERMOS DE JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO SEM APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PERTINENTE. IRREGULARIDADE. RECOMENDAÇÃO ACERCA DE CERTAMES FUTUROS. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E DE FUNCIONAMENTO. NÃO CONFIGURA IRREGULARIDADE. REGULARIDADE DO PREGÃO. RECOMENDAÇÃO. DETERMINADA A EXTINÇÃO DA DENÚNCIA APENSADA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR PERDA DE OBJETO E LICITAÇÃO DECLARADA DESERTA.

1. O art. 32 da Lei n. 8.666/93 permite que a autenticação dos documentos necessários à habilitação seja feita por cartório ou por servidor da administração.

2. A Exigência das Certidões de Distribuição Criminal e da Vara de Execuções Criminais visa aferir a idoneidade e a moralidade do permissionário para garantir a segurança ao usuário do serviço público, obrigação da qual o Estado não pode se furtar, visto se tratar de direito fundamental, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição da República. Ademais, não constitui ofensa ao disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF.

3. Em razão do art. 2º, §1º, da Lei 10.192/01, é vedada a estipulação contratual de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano. Lado outro, não há impedimento para a realização do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo em prazos inferiores a doze meses, com fundamento no art. 65, II, "d", da Lei n. 8.666/93.
4. Nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas pode constar, apenas, da fase interna, não sendo necessário estar publicado como anexo do edital, em consonância com o disposto no inciso III do art. 3º da Lei n. 10.520/2002.
5. Embora seja ato discricionário da Administração, a decisão de vedar a participação de empresas em consórcios precisa ser justificada no processo licitatório.
6. A apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento do licitante não constitui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe a competitividade do certame, nem causa prejuízo à Administração ou aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

30ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara – 10/10/2017

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Edital de Licitação relativo ao Pregão Presencial n. 003/2014, Processo n. 005/2014, realizado pela Prefeitura Municipal de Jaíba, cujo objeto é, em síntese, a contratação de veículos para prestação de serviços de transporte escolar.

Ressalte-se que o certame em análise foi elaborado em substituição ao Pregão Presencial n. 001/2014, que restou deserto, tendo sido objeto de exame nos autos da Denúncia n. 911904.

À fl. 48, os autos foram distribuídos à minha relatoria.

A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifestaram-se, respectivamente, às fls. 51/66 e 67/69v, tendo ambos pugnado pela citação dos responsáveis para apresentação de defesa sobre as irregularidades por eles identificadas.

Devidamente citados (fls. 70/74), os responsáveis, Sr. Enoch Vinícius de Campos Lima, Prefeito Municipal de Jaíba, à época, e o Sr. Teófilo Gomes Caires, Pregoeiro e subscritor do edital, não se manifestaram, conforme certidão de fl. 75.

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 77/77v, concluiu pela procedência das irregularidades e, por conseguinte, aplicação de multa aos responsáveis.

Tendo verificado que a citação dos responsáveis ocorreu após a renúncia do chefe do Poder Executivo, no endereço da sede da Prefeitura Municipal de Jaíba, fls. 73/74, determinei, à fls. 78/78v, que fossem feitas novas citações.

Novamente citados, fls. 79/88, os responsáveis não se manifestaram, conforme certidão de fl. 89.

À fl. 90, manifestação ministerial, procedendo à devolução dos autos, haja vista a manifestação conclusiva de fls. 77/77v.

É o relatório, no essencial.

Concedo a palavra ao Dr. Alexandre.

ADVOGADO ALEXANDRE DE SÁ REGO:

Ao eminente Conselheiro Relator Mauri Torres, na pessoa de quem cumprimento todos os demais Conselheiros, aos advogados presentes, aos funcionários deste Tribunal, aos estudantes de Direito que se fazem presentes, boa tarde!

Dr. Mauri, primeiramente, esta denúncia trata de supostas exigências acima do normal, realizada através de um processo licitatório, cujo o objeto principal era a contratação de transporte escolar, e que, em tese, restringiria a competição. A denúncia foi recebida e, neste momento, estamos aqui para fazer a sustentação oral, e defender os denunciados.

Eu vou me ater apenas aos itens que tanto a Coordenadoria fez quanto o Ministério Público, quando emendou a denúncia.

Primeiramente, no item 5, sobre a exigência de autenticação de documentos em cartório, fls. 54 e 55, a exigência está sanada no próprio edital. Ao contrário do que alega a Coordenadoria, o item 13.8 prevê que os documentos poderão ser apresentados em cópias simples, desde que acompanhados dos originais. Para autenticação da Comissão de Apoio, cópias autenticadas em cartório não são consideradas originais para autenticação.

Acredito eu que a confusão se deu, em razão dos itens anteriores terem feito a exigência de cópias autenticadas. Ora, quando se exige cópias autenticadas, são apenas as cópias autenticadas, sem a necessidade de acompanhamento dos documentos originais.

Portanto, no que tange a este apontamento, a gente pede que seja feita a desconsideração e, conseqüentemente, que seja acolhida a nossa defesa.

O item 8 do relatório da Coordenadoria, aponta uma exigência irregular de certidões e distribuição criminal e da Vara de Execuções Criminais para fins de credenciamento.

Eu quero lembrar que, a Prefeitura ao emitir tal exigência, ela resguarda-se de possíveis entraves futuros. Lembramos ainda que, recentemente, o STF mudou o entendimento quanto à presunção de inocência, rebaixando ao segundo grau, para o efetivo cumprimento da sentença aplicada. O que a Prefeitura de Jaíba fez apenas se resguardar. Lembramos que o serviço é de transporte escolar, ele trata de transporte, em sua grande maioria, de crianças abaixo de 12 anos.

Então, o que a Prefeitura fez, foi simplesmente resguardar, não só a segurança jurídica, mas tutelar a segurança das próprias crianças. No que pese o entendimento dos Tribunais, essa mudança do STF recentemente, embora a lei não possa retroagir para prejudicar, mas coaduna com o pensamento do prefeito da época. Então, desde logo, nós solicitamos, também, que essa irregularidade seja aqui sanada.

Item 11 – Cláusula irregular de reajuste, às fls. 62 do processo.

Nós entendemos que esse apontamento não pode prosperar também, por quê? Porque a medida tomada pelo edital prevê a manutenção do equilíbrio financeiro na relação entre o prestador de serviços, as despesas e os custos para a manutenção do serviço.

O item 22.9, apontado como irregular, ele diz: o valor contratado poderá ser revisto, a partir da data que ocorrer reajuste nos combustíveis, considerando-se o percentual de 50% do valor do reajuste médio aplicado aos combustíveis, índice que incidirá sobre o valor do quilômetro rodado. Havendo a redução, também acontecerá a conseqüente redução dos preços, utilizando-se o mesmo critério.

O que a Relatoria aponta é a utilização da Lei 10.192/2001 que dispõe que, no seu § 1º do art. 2º, é nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a 1 ano.

Lembramos aqui que a Prefeitura, ao elaborar o edital, ela não trata de reajuste, mas, simplesmente, de manutenção do equilíbrio financeiro, o que é perfeitamente plausível em qualquer licitação, em relação a combustíveis.

Então, desde logo, a gente pede, também, para que este apontamento seja considerado e automaticamente seja dado a solicitude dentro do edital.

No item 13 da Denúncia, do Relatório da Coordenadoria, fala-se da ausência da indicação de valores estimados de cada rota no termo de referência. Também não pode prosperar essa anotação.

Vejo que nas fls. 78 a 80 do processo está bastante claro que todas as rotas foram estipuladas, inclusive, com a quilometragem de cada uma delas. O que realmente faltou, neste ponto, foi a estipulação do preço, o que meramente uma simples conta entre o valor do quilômetro rodado com o valor total do quilômetro se chegaria a esse valor. Portanto, também não pode prosperar tal apontamento.

Finalizadas as conclusões do relatório sobre a Coordenadoria, a Promotoria Pública do Tribunal de Contas emendou em outros dois apontamentos. Em síntese, a primeira fundamentação foi a vedação de participação de empresas em consórcio, no subitem 4.3 do edital, alínea b e do item 4 do edital, sem justificativa nos autos.

Aqui, nobre Conselheiro, gostaria de solicitar que fosse verificada a revisão dessa cláusula, porque quando da citação do prefeito, do ex-prefeito Enoch e também do Teófilo, a Prefeitura tem a prerrogativa de utilização da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que traz o princípio da autotutela. Esse princípio, evidentemente, não pôde ser utilizado, em razão de o Prefeito ser ex-Prefeito. Então, com a devida justificativa, o que se procurou foi respeitar a economia de mercado. Foi que respeitasse as questões de mercado local. Então, o respeito, a legítima forma como o mercado está organizado é o que impera, para não conceder a participação de consórcios. Lembramos que os consórcios podem participar de licitação, desde que seja justificada a sua ausência ou permanência. Nesse caso houve o não deferimento pela participação dos consórcios nessa licitação e a justificativa que ora trago é justamente a falta de controle que a Prefeitura teria em relação à participação desses consórcios, pois não poderia aferir capacidade, experiência, competência e que esses princípios, obviamente, norteiam qualquer tipo de prestação de serviços ao ente público. Portanto, com a utilização da Súmula 473, embora não seja possível aplicá-la no momento, mas, se fosse possível, certamente o Prefeito teria aplicado com essa justificativa que ora requer.

O item 2 do Ministério Público trata da exigência de alvará de localização e funcionamento, o que não estaria de acordo com a lei de licitação e seus arts. 27, 28 a 31.

Bom, a exigência do alvará é meramente para constituir se a empresa existe ou não.

Gostaria de lembrar aos nobres Conselheiros que em 2013, o norte de Minas passou por uma grande devassa, em relação a várias prefeituras: Jaíba, Januária, Montes Claros, enfim, foram inúmeros processos onde nós tivemos vários e vários problemas em relação a isso. Não bastasse isso, a Polícia Federal, naquele ano de 2013, identificou pelo menos 4 autoescolas que estavam emitindo certificados de veículos, bem como carteira de habilitação falsificadas. Portanto, a exigência de habilitação, a exigência do alvará de funcionamento é meramente e puramente a exigência que se faz para se coadunar com aquilo que a licitação exige, ou seja, transparência, e evidentemente, colocar o município dentro daquilo que se preceitua que tenhamos ali um processo sem maiores problemas no futuro.

Com essas considerações, Conselheiro, eu solicito que as justificativas sejam recebidas, que os apontamentos sejam desconsiderados e, evidentemente, que a multa seja cancelada.

No mais, muito obrigado.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

Eu já fiz distribuir o voto aos conselheiros, então vou me ater à conclusão do voto.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De início, ressalto que a Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação, no exame do edital do Pregão Presencial n. 003/2014, fls. 51/66, em cotejo com o Pregão Presencial n. 01/2014, que restou deserto e foi objeto da Denúncia n. 911904, considerou sanados os seguintes apontamentos:

- 1- Ausência, no edital, de numeração das páginas e de rubrica do pregoeiro e da Comissão Permanente de Licitação;
- 2- Ausência de indicação, no edital, do nome da autoridade a quem deveriam ser encaminhadas as impugnações, denúncias e recursos;
- 3- Ausência de exigência da declaração de que o licitante cumpre todos os requisitos de habilitação;
- 4- Exigência rigorosa de documentos para o credenciamento dos licitantes;
- 5- Exigência de cadastro fiscal no Município de Jaíba;
- 6- Exigência de certidões criminais da Comarca de Manga;
- 7- Exigência de entrega do Certificado de Registro do Veículo - CRV referente ao ano de 2014;
- 8- Ausência, no edital, da exigência de Certidão Negativa Criminal para o monitor; e
- 9- Ausência de publicação do edital no site do Município.

Com base na análise da Unidade Técnica, considero que os apontamentos acima foram sanados no Pregão Presencial n. 003/2014, objeto dos presentes autos.

Isso posto, passo ao exame das irregularidades constantes no Pregão Presencial n. 003/2014, verificadas pela Unidade Técnica no exame inicial de fls. 51/65.

Da exigência de autenticação dos documentos em cartório

A Unidade Técnica apontou que permaneceu no edital do Pregão Presencial n. 003/2014 a exigência de que os documentos apresentados na fase de habilitação sejam autenticados em cartório ou por meio eletrônico, o que é irregular, uma vez que o art. 32 da Lei n. 8.666/93 permite que sejam autenticados por servidor da Administração Pública.

Os itens editalícios que foram considerados irregulares pela Unidade Técnica são os que se seguem:

12. DA HABILITAÇÃO (SE PESSOA JURÍDICA)

12.1 - Os documentos apresentados na fase de Habilitação deverão ser autenticados (via cartório ou autenticação eletrônica, nos casos em que couber), estando os mesmos com o prazo de validade em vigor, na data desta licitação. Nos casos em que forem apresentadas

certidões emitidas pela internet, o pregoeiro efetuará consulta nos sites oficiais, confirmando sua autenticidade, em cumprimento à Instrução Normativa SRF n.200, de 13/09/2002, conforme abaixo discriminados:

[...]

12.5.1.2 - Cópia Autenticada em cartório da habilitação definitiva, categoria "Du ou "E";

12.5.1.3 - Cópia Autenticada em Cartório do Certificado de curso especializado para transporte escolares, nos termos da regulamentação do CONTRAN;

12.5.1.3.1- Cópia Autenticada em Cartório da Carteira do Motorista de curso especializado para transporte escolares, nos termos da regulamentação do CONTRAN;

12.5.2 - Declaração firmada por condutor, autorizando a indicação de seu nome pelo licitante, conforme modelo do Anexo;

12.5.3 - Cópia Autenticada em Cartório do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo e CRLV em nome da empresa, referente ao exercício de 2014, nota fiscal, se for veículo novo, ou recibo com transferência autorizada e firma reconhecida ou "Leasing", desde que a empresa figure como única arrendatária perante a instituição financeira;

12.5.6 - Cópia Autenticada em Cartório do Laudo de Vistoria não superior a 30 (trinta) dias da data de apresentação da proposta, certificando que o veículo está apto a trafegar na condução de escolares, atendidas as exigências legais. [...]

13.2.1 - Cópia autenticada em cartório da Cédula de Identidade do Proprietário do Veículo; [...]

13.3.1 - Cópia autenticada em cartório da Prova de Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF;

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 67/69v, ratificou a irregularidade.

Dispõe o art. 32 da Lei n. 8.666/93:

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por **servidor da administração** ou publicação em órgão da imprensa oficial. (g. n.).

O edital de licitação em questão, ao permitir apenas cópia autenticada por cartório, desrespeitou o comando do artigo acima transcrito, que também permite a autenticação feita por servidor da administração.

Todavia, no caso em apreço, deixo de aplicar sanção aos responsáveis, por considerar que a irregularidade apontada não maculou o certame, devendo ser objeto apenas de recomendação à atual Administração.

Da exigência de Certidões de Distribuição Criminal e da Vara de Execuções Criminais

Apontou a Unidade Técnica que a exigência contida no item 13.4.3 do novo edital de licitação, qual seja, a de apresentação de Certidões de Distribuição Criminal e da Vara das Execuções Criminais, é incompatível com o postulado constitucional do estado de inocência, na medida em que a certidão de distribuição contempla procedimento penal cujo trânsito em julgado ainda não ocorreu e, portanto, não houve, nos termos do art. 5º, LVII, da CR/88, condenação criminal.

Ressaltou que a certidão negativa de distribuição de feitos criminais informa a existência de processos criminais e não somente sobre a execução criminal.

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 67/69, ratificou a irregularidade.

Registro que essa questão foi analisada por esta Corte de Contas, nos autos da Denúncia n. 876179, sessão do dia 23/05/13, de Relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, cujo processo licitatório tinha por objeto a delegação onerosa de permissões do serviço de transporte, por táxi.

Naquela assentada, a exigência da certidão negativa de feitos criminais foi considerada regular, sob o fundamento de que ela visa aferir a idoneidade e a moralidade do permissionário para garantir a segurança ao usuário do serviço público, obrigação da qual o Estado não pode se furtar, visto se tratar de direito fundamental, previsto no caput do art. 5º da Constituição da República.

Abaixo transcrevo trechos da citada decisão:

D – Exigência, na fase de habilitação, de certidão negativa de feitos criminais (subitem 11.1.1 alínea “d”)

(...)

Superada a questão da possibilidade de exigência de documentação de habilitação prescrita em legislação especial, resta averiguar se o conteúdo da norma editalícia implica violação ao princípio da presunção de inocência.

Em razão da natureza do serviço outorgado, é essencial que a Administração busque contratar com pessoas probas e que efetivamente tenham condições de executar o serviço, o que pode não ser o caso de condenados criminalmente, ainda que não estejam sofrendo os efeitos da condenatória.

Essa exigência, a meu ver, não contraria o princípio constitucional da presunção da inocência, como suscitado pelo Ministério Público de Contas e pela Unidade Técnica e ganha destacada relevância por se inserir na seara da segurança/moralidade de um serviço público.

Por certo, o entendimento jurisprudencial, tanto deste Tribunal, quanto das Cortes Superiores de Justiça, vicejam no sentido de que a eliminação de licitante em certame público, em virtude de responder a processo criminal com decisão pendente de trânsito em julgado, viola o princípio da presunção de inocência¹. Esse entendimento foi manifestado, na maioria dos casos, em julgados relativos a concursos públicos em que o acesso ao cargo está condicionado à investigação social e de vida pregressa do candidato. Destaca-se, especificamente, a decisão proferida na sessão de 16/04/13 da Primeira Câmara deste Tribunal, processo nº 858564, relativo ao procedimento licitatório promovido pelo Município de Ribeirão das Neves com o objetivo de outorgar permissões de serviço público de transporte de passageiros por táxi, relatado pelo Conselheiro Wanderley Ávila.

Naquela assentada, o Colegiado considerou que a cláusula editalícia que exige comprovação de inexistência de condenação criminal contraria o princípio da presunção de inocência. Lado outro, há precedentes, ainda que minoritários, que consideram essa espécie de exigência regular e condizente com o comando constitucional:

“CANDIDATO POR MÁ CONDUTA. CARREIRA POLICIAL. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. É constitucional e legal a eliminação de candidato a concurso público para ingresso na

¹ Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, edição especial “Concursos Públicos”, p. 203/204 e 243/249.

carreira policial pela caracterização de má conduta na investigação sumária da vida pregressa, sendo irrelevante posterior absolvição no juízo criminal, tendo em vista o princípio da incomunicabilidade das instâncias.” (Agravo Regimental no RMS n. 23.819-RO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5a Turma do STJ, DJe de 15/06/2009).

Calha observar que a interpretação acerca da garantia prescrita pelo inciso LVII do art. 5º da Constituição da República foi estabelecida em um ambiente recém-saído do regime autoritário, em que o Estado não respeitava os direitos civis e políticos, justificando a sobrevalorização do direito. Mas o atual ambiente político, de Estado Democrático de Direito consolidado, enseja revisar a leitura desse preceito fundamental em prol do bem maior da sociedade.

Com efeito, nenhum direito é absoluto. A presunção de inocência, como tal, pode e deve ser relativizada, especialmente porque, no que tange à segurança dos usuários de serviço público, não há margem para a leniência.

Recentes notícias sobre violências sofridas por turistas em serviços de transporte público no Rio de Janeiro recrudescem ainda mais a necessidade de exigir do permissionário a comprovação de idoneidade.

A demanda da sociedade por segurança, nesse caso, não pode ser relativizada a pretexto de assegurar pretensa garantia individual. E diga-se “pretensa” porque, juridicamente, a exigência editalícia não constitui ofensa ao disposto no inciso LVII do art. 5º da Carta Republicana.

Essa questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF, na qual foi apreciada a constitucionalidade do art. 14, § 9º da Lei Complementar nº 135/10, conhecida com a “Lei da Ficha Limpa”, que torna inelegível o candidato condenado por juízo colegiado em processo criminal.

Naquele feito, o Pretório Excelso entendeu que a aplicabilidade da presunção de inocência limita-se aos efeitos da condenação penal, não irradiando, naquele caso, sobre a inelegibilidade decorrente de condenação não definitiva. Com isso, o STF estabeleceu novo parâmetro para a interpretação da presunção de inocência. Vale transcrever elucidativo trecho do voto do relator:

A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial a de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação criminal até que transitada em julgado a decisão penal condenatória. *Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo.

Sendo assim, a ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, comparável a uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia.

(...)

Ora, como antes observado, não há como sustentar, com as devidas vênias, que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. (STF - ADC 29/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, pub. 29/06/12)

Esses fundamentos também valem, *mutatis mutandis*, para a outorga de permissão de serviço público de transporte por taxi, porque a exigência de apresentação de

certidão negativa de feitos criminais não se insere no contexto da condenação criminal, nem antecipa os efeitos de decisões antes do trânsito em julgado, mas visa aferir a idoneidade/moralidade do permissionário para garantir a segurança ao usuário do serviço público. Não se pode olvidar que segurança é um direito fundamental, previsto no caput do art. 5º da Constituição da República, e uma obrigação da qual o Estado não pode se furtar. Portanto, a exigência contida no subitem 11.1.1 alínea “d” do edital é regular por contar previsão na norma municipal, com respaldo no art. 30, IV da Lei nº 8.666/93, e não constitui ofensa ao preceito constitucional. (g. n.).

Com base nos fundamentos contidos na decisão supramencionada, no presente caso, concluo que a exigência de Certidões de Distribuição Criminal e da Vara de Execuções Criminais não constitui ofensa ao disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 29/DF.

Ademais, no caso em foco, por se tratar de licitação cujo objeto é a prestação de serviços de transporte escolar, no qual os usuários serão crianças, é essencial que a Administração busque contratar com pessoas probas, visando garantir maior segurança.

Portanto, afasto a irregularidade apontada.

Da previsão de reajuste contratual

A Unidade Técnica apontou que o subitem 22.9 do novo edital é irregular, uma vez que ele permite que o preço contratado seja revisto a partir da data em que ocorrer reajuste dos combustíveis, o que implica descumprimento do art. 2º, § 1º, da Lei Federal 10.192/01, *in verbis*:

Art. 2. É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano. (g. n.).

Dispõe o subitem 22.9 do edital:

22.9 - O valor contratado poderá ser revisto a partir da data que ocorrer reajuste dos combustíveis, considerando-se o percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor do reajuste médio aplicado aos combustíveis, que incidirá sobre o valor do km rodado; havendo redução do preço dos combustíveis, (*sic*) preço será reduzido com observância do mesmo critério.

Acerca dessa questão, cumpre, inicialmente, fazer a distinção entre os conceitos de reajuste e de revisão de preços.

O reajuste pode ser definido como a recomposição do preço em face da variação dos custos de produção decorrente do processo inflacionário. Contempla a denominada álea ordinária, risco da ocorrência de evento futuro desfavorável, mas previsível ou suportável, usual nos negócios celebrados. É cediço que o art. 40, XI, da Lei Federal n. 8.666/931 determina que o edital deve obrigatoriamente conter critério de reajuste, o qual, por força do art. 2º, §1º, da Lei Federal n. 10.192/01, não poderá ocorrer em período inferior a doze meses.

Já a revisão ou o reequilíbrio econômico-financeiro, trata da recomposição do preço inicialmente pactuado em face da superveniência de eventos imprevisíveis, previsíveis de consequências incalculáveis ou, ainda, por força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, a denominada álea extraordinária. Nessa hipótese, é revisto o preço para reestabelecer a relação

de equivalência entre o encargo e a retribuição, para manutenção das condições efetivas da proposta durante toda a vigência contratual.

O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos está previsto na Lei n. 8.666/93, *in verbis*:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Portanto, o que o art. 2º, §1º, da Lei n. 10.190/01 proíbe é a previsão de concessão de reajuste em prazos inferiores a doze meses e, não, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse particular, esclarece Marçal Justen Filho²:

Isso posto, pode-se reconhecer-se que nenhum diploma legal pretendeu excluir a recomposição de preços. Se o fizesse, haveria inconstitucionalidade. Qualquer contratado pode pleitear a recomposição, mesmo em prazos inferiores a doze meses. Incumbir-lhe-á o dever de demonstrar o preenchimento dos requisitos correspondentes (...).

Ainda sobre essa questão, Marçal Justen Filho³ discorre acerca do interesse da Administração na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

A tutela do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos destina-se a beneficiar à própria Administração. Se os particulares tivessem que de arcar com as consequências de todos os eventos danosos possíveis, teriam de formular propostas mais onerosas. A Administração arcaria com os custos correspondentes a eventos meramente possíveis – mesmo quando inoressessem, o particular seria remunerado por seus efeitos meramente potenciais. É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração. Em vez de arcar sempre o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.

No presente caso, o subitem 22.9 do edital tratou da possibilidade de reequilíbrio econômico financeiro do contrato o que, conforme visto acima, não há impedimento para ocorrer em menos de um ano. No entanto, não poderia o edital ter pré-fixado a situação (aumento do

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 556.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 776.

combustível), bem como o percentual de aumento a ser aplicado (50% do valor do reajuste médio aplicado aos combustíveis), justamente por tratar-se de álea extraordinária do contrato.

Portanto, devido à imprevisibilidade do fato que motiva o acréscimo, com fundamento no art. art. 65, II, "d", da Lei n. 8666/93, entendo não ser possível a fixação, na fase interna da licitação, de qualquer situação, percentual ou índice de recomposição, razão pela qual considero irregular o subitem 22.9 do edital.

No entanto, por considerar que a referida disposição editalícia não causou prejuízo à Administração Pública, deixo de aplicar multa aos responsáveis e faço recomendação aos atuais gestores municipais, para que, em futuras licitações, não façam a mesma previsão editalícia.

Da ausência dos valores estimados de cada rota no Termo de Referência

Apontou a Unidade Técnica que o Termo de Referência delimitou as quilometragens para as diversas rotas, no entanto, não indicou os valores estimados para cada uma delas.

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 67/69, ratificou a irregularidade.

Da análise da planilha anexa ao edital de licitação em exame, fls. 78/80, verifico que, de fato, não constou a indicação dos valores estimados para cada uma das rotas previstas.

É sabido que a planilha orçamentária serve de referência para o julgamento das propostas pela Administração e permite a avaliação da exequibilidade dessas e, também, é parâmetro para a elaboração das propostas pelos particulares.

No entanto, conforme me manifestei em outras assentadas, considero que, na modalidade Pregão, não se faz necessária a publicação da planilha de preços unitários como anexo do edital, em consonância com o disposto no inciso III do art. 3º da Lei n. 10.520/02, que estabelece a necessidade de o orçamento fazer parte da fase interna do certame.

Anoto que a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de não se aplicar multa ao gestor pela ausência de planilha na fase externa, como se infere da decisão no Recurso Ordinário nº 887.858, segundo a qual, nos procedimentos licitatórios na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilha pode constar, apenas, da fase interna, de modo que não seja necessário estar publicado como anexo do edital, entendimento também assente no TCU, que hoje aponta para a faculdade de anexação, ao edital de pregão, do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Portanto, afasto a irregularidade apontada.

Dito isso, passo ao exame dos apontamentos complementares realizados pelo Ministério Público junto ao Tribunal.

Da vedação de participação de empresas em consórcio

Apontou o Ministério Público junto ao Tribunal a ausência, no novo edital de licitação, da justificativa acerca da vedação à participação de empresas consorciadas, prevista no subitem 4.3, b, do edital.

É certo que cabe ao órgão promotor da licitação a decisão acerca da participação de empresas em consórcio, pois esse é um juízo de oportunidade e de conveniência que se encontra em sua

margem de discricionariedade, nos termos do art. 33 da Lei n. 8.666/1993, no qual são estabelecidas as normas que devem ser observadas quando da participação de empresas em consórcio. Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho⁴, conforme abaixo transcrito:

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

Embora seja ato discricionário da Administração, a decisão de vedar a participação de empresas em consórcio precisa ser justificada no processo licitatório. Esse também é o entendimento do TCU, conforme trechos dos votos abaixo transcritos:

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

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

Saliento, ademais, que, em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade e relevante vulto, em que empresas isoladamente não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, consoante lição de Justen Filho⁵:

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

O TCU assim se pronunciou sobre o tema:

O art. 33 da Lei de Licitações atribui a Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios nas licitações. A regra, no procedimento licitatório, e 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

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 568.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 565.

requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes. Acórdão 1417/2008 Plenário (Sumário).

Dessa forma, considero irregular a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio sem a apresentação de justificativa pertinente. Todavia, no presente caso, faço recomendação para que, nos futuros editais de licitação, os responsáveis façam constar da fase interna do certame a motivação para a vedação ou permissão da participação de consórcios, a depender do caso.

Da exigência de alvará de localização e de funcionamento

Apontou o Ministério Público junto ao Tribunal que a exigência de alvará de localização e funcionamento, disposta no subitem 12.3.9 do edital, não encontra amparo na legislação que rege a matéria.

Cumpra registrar que nos autos da Denúncia n. 951406, de relatoria do Conselheiro Hamilton Coelho, sessão do dia 12/07/2016, esta Corte de Contas considerou regular a exigência do documento em tela, sob o fundamento de que, com base no art. 4, XIII, da Lei n. 10.520/02, o edital é instrumento hábil a exigir peculiaridades quanto à habilitação jurídica/técnica na modalidade pregão, nos seguintes termos:

4) Exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento para fins de habilitação.

Muito embora no art. 4º da Lei n.º 10.520/02 não conste expressamente o alvará de localização e funcionamento como requisito para a habilitação, da leitura do referido dispositivo legal extrai-se a ilação de que os requisitos para a habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira são arrolados no edital, veja-se:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, **com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;**” (g.n.).

Nesse contexto, no edital, exige-se o referido alvará para a habilitação jurídica, item 8.1.11, fl. 18, e, portanto, passível de ser arrolado apenas no instrumento convocatório.

Assim, conclui-se que a requisição do alvará não é exorbitante e, por isso, não restringe a competitividade, sendo que o edital é o instrumento hábil a exigir peculiaridades quanto à habilitação jurídica/técnica na modalidade pregão.

Registro também ser louvável que se estabeleça reivindicações no edital que assegurem a Administração de obter contratação eficaz e que atenda ao interesse público, por meio da demonstração da idoneidade e confiabilidade da licitante.

Não bastasse, na modalidade pregão, as fases do procedimento licitatório se invertem e a habilitação ocorre depois do julgamento da proposta de menor preço ofertada, segundo o disposto no referido art. 4º da Lei n.º 10.520/02, de forma que a apresentação do alvará de localização e funcionamento será efetivamente exigida apenas do licitante provisoriamente qualificado em primeiro lugar.

Deste modo, contrariamente ao Parquet, considero razoável a exigência de alvará de localização e funcionamento e julgo regular o edital nesse ponto.

Registro, também, que nos autos da Denúncia n. 1007350, na qual foi objeto de análise o edital de pregão presencial visando à contratação de objeto similar ao versado neste processo - serviços continuados de transporte escolar -, este Tribunal entendeu que a exigência questionada não configura irregularidade, cumprindo transcrever trechos da decisão:

1. Da exigência de apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento

(...)

Na Lei n.º 10.520/02 - Lei do Pregão, faculta-se a inserção, no instrumento convocatório, de exigências específicas quanto à qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira para fins de habilitação, quando for o caso, *verbis*:

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII – (...).

Por sua vez, no inciso V do art. 28 da Lei n.º 8.666/93, faz-se expressa menção à possibilidade de inclusão da autorização para funcionamento dentre os requisitos de habilitação.

Nesse sentido, o posicionamento adotado pelo Ministério Público, no parecer conclusivo constante da Denúncia n.º 944.779, que teve objeto similar ao versado neste processo, *in verbis*:

“32. Em nosso sentir, a exigência de alvará de funcionamento encontra amparo legal no art. 28, V, *in fine*, do Estatuto Licitatório, que assim dispõe:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: [...]

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. [grifos nossos]

33. Com a devida vênia, entendemos que o alvará de funcionamento não pode ser melhor conceituado senão como o documento que concretiza autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, o que o faz abarcado pelo dispositivo legal citado e, por isso, perfeitamente admissível entre as condições de habilitação jurídica.

34. Inclusive, em nossa opinião, a previsão legal de inclusão dessa exigência para fins de habilitação é pertinente e de salutar importância para a qualidade da contratação pública.

35. Afinal, como se reconhecer apta à prestação de um serviço público, até mesmo requerendo demonstrações financeiras e técnicas, se a empresa sequer detém autorização da municipalidade em que está sediada para funcionar?

36. Especialmente na situação presente, em que se objetiva a contratação de empresa para o transporte escolar de alunos matriculados na rede municipal de educação, verifica-se com maior clareza a relevância da observância de normas mínimas de segurança que permitam o funcionamento de um estabelecimento, sem as quais o serviço evidentemente não será prestado com a qualidade pretendida.”

Desse modo, verifico que a supramencionada exigência editalícia para a habilitação jurídica das licitantes objetivou assegurar à Administração a contratação que melhor atendesse ao interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

A apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento do licitante não constitui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe a competitividade do certame, nem causa prejuízo à Administração ou aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial.

A busca pela melhor proposta não significa necessariamente eleger aquela que apresente o menor preço, mas sim a que propicie o melhor negócio possível, ou seja, dentre os licitantes habilitados, nas condições previstas no ato convocatório, será escolhida a proposta contendo o preço inferior. O contrato mais vantajoso, assim, é obtido por meio da conjugação da vantagem econômica da proposta com um nível mínimo de garantia para a Administração Pública.

Assim, considero que a exigência editalícia questionada não configura irregularidade. (g. n.).

Desse modo, com fundamento nas decisões acima citadas, afasto a irregularidade apontada pelo Ministério Público junto ao Tribunal.

III – VOTO

Diante do exposto, julgo regular o edital do Pregão Presencial n. 003/2014, Processo n. 005/2014 e **voto** pelo arquivamento dos autos com fundamento no inciso I do art. 176 da Resolução n. 12/2008, com emissão de recomendação aos atuais responsáveis pelos procedimentos licitatórios do Executivo Municipal para que em futuros certames não reincidam nas inconformidades indicadas na fundamentação deste voto.

Voto, ainda, pela extinção da Denúncia n. 911904, sem resolução de mérito, tendo em vista que se operou a perda de seu objeto, em razão da licitação (Pregão Presencial n. 001/2014, Processo de Licitação n. 003/2014) ter sido declarada deserta pela Administração.

Intimem-se os responsáveis.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

Eu também, Excelência, vou acompanhar o bem lançado voto do Relator, e queria apenas destacar, com entusiasmo, a parte final do voto de Vossa Excelência quando destaca com bastante clareza que a apresentação do alvará de localização e funcionamento do licitante não contribui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe à competitividade do certame nem causa prejuízo à administração aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial. E, ainda, que a busca pela melhor proposta não significa, necessariamente eleger aquela que apresente o menor preço, mas sim a que propicie o melhor negócio possível, ou seja, dentre os licitantes habilitados, nas condições previstas do ato convocatório será escolhida a proposta contendo o menor preço.

Portanto, acompanho na íntegra o voto de Vossa Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

APROVADO O VOTO DO RELATOR.

Eu agradeço a presença do Dr. Alexandre.

ADVOGADO ALEXANDRE DE SÁ REGO:

Obrigado.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, e diante das razões expendidas no voto do Relator, em **I)** julgar regular o edital do Pregão Presencial n. 003/2014, Processo n. 005/2014, recomendando aos atuais responsáveis pelos procedimentos licitatórios do Executivo Municipal para que em futuros certames não reincidam nas inconformidades indicadas na fundamentação desta decisão; **II)** determinar a extinção da Denúncia n. 911904, sem resolução de mérito, tendo em vista que se operou a perda de seu objeto, em razão da licitação (Pregão Presencial n. 001/2014, Processo de Licitação n. 003/2014) ter sido declarada deserta pela Administração; **III)** determinar a intimação dos responsáveis; **IV)** determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das disposições regimentais.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de outubro de 2017.

MAURI TORRES
Presidente e Relator

(assinado eletronicamente)

ahw/RB

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coordenadoria de Sistematização e Publicação
das Deliberações e Jurisprudência**