

RECURSOS ORDINÁRIOS N. 997669 E 997722

Processo referente: Denúncia n. **958271**

Recorrentes: Geraldo Magela Elói e Juliana Aldrine de Oliveira Nogueira de Sá, respectivamente, presidente do Consórcio Intermunicipal de Saúde dos Municípios da Microrregião do Alto Sapucaí – CISMAS, à época, e então pregoeira.

Órgão/Entidade: Consórcio Intermunicipal de Saúde dos Municípios da Microrregião do Alto Sapucaí – CISMAS

MPTC: Cristina Andrade Melo

RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. PREGÃO PRESENCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE NO MOMENTO DO CREDENCIAMENTO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA HABILITAÇÃO. ALEGAÇÕES RECURSAIS ACATADAS. DESCONSTITUIÇÃO DA MULTA E DA DETERMINAÇÃO DE ANULAÇÃO DO CERTAME. RECURSO PROVIDO.

1. Diante das peculiaridades do caso, a desclassificação de forma peremptória de licitante, ainda na fase de credenciamento do pregão, não se mostra suficiente para macular todo o certame e, conseqüentemente, dar ensejo à imputação de multa ao responsável.
2. A cláusula editalícia referente à apresentação de alvará de localização e funcionamento do licitante, para habilitação, embora indevida, não apresentou, no exame do caso concreto, evidências de que tenha, efetivamente, restringido a participação de possíveis interessados.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

29ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 04/10/2017

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos dos recursos ordinários interpostos por Geraldo Magela Elói, presidente do Consórcio Intermunicipal de Saúde dos Municípios da Microrregião do Alto Sapucaí – CISMAS, à época, e Juliana Aldrine de Oliveira Nogueira de Sá, então pregoeira, em face da decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara, na Sessão de 13/9/2016, nos autos da Denúncia nº 958.271, disponibilizado no Diário Oficial de Contas – DOC de 17/10/2016, cujo Acórdão foi vazado nos seguintes termos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto da Relatora, em acolher a preliminar de ilegitimidade processual arguida e, no mérito, em julgar parcialmente procedente a Denúncia por terem constatado a existência de irregularidades no Processo Licitatório n. 027/2015, Pregão Presencial n. 007/2015, promovido pelo Consórcio Intermunicipal de Saúde dos Municípios da Microrregião do Alto Sapucaí, quais sejam: 1) exclusão da denunciante do procedimento licitatório na fase de credenciamento com amparo em fato pretérito, verificado em processo licitatório anterior, o que contraria o rito previsto nos incs. VI a XII do art. 4º da Lei n. 10.520/02; e 2) exigência, como documentação de habilitação, de “Alvará para localização e Funcionamento expedido pelo órgão competente do município da sede da empresa licitante”. Em razão das irregularidades acima, aplicam, com fundamento no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102/2008, multa pessoal aos responsáveis, Sr. Geraldo Magela Elói, Presidente do CISMAS, e Sra. Juliana Aldrine de Oliveira Nogueira de Sá, pregoeira, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) por irregularidade, perfazendo o total de R\$2.000,00 (dois mil reais) para cada um. Determinam, ainda, providências para anulação do Pregão Presencial n. 007/2015 – Processo Licitatório n. 027/2015. Advertem os responsáveis a se absterem de cometer as mesmas irregularidades nos próximos editais de licitação, sob pena de responsabilidade, e recomendam que observem o comando do §4º do art. 21 da Lei n. 8.666/93 quando efetuarem alteração no instrumento convocatório, para evitar restrição indevida à competitividade. Determinam, por fim, a intimação dos responsáveis desta decisão, também por via postal com AR, anexando-se, ao ofício de intimação, cópia das notas taquigráficas deste julgamento. Decorrido o prazo legal sem pagamento espontâneo das multas cominadas, os débitos devem ser inscritos no cadastro de inadimplentes desse Tribunal e emitidas as respectivas certidões, com remessa *incontinenti* ao Ministério Público junto ao Tribunal para as providências de praxe, nos termos do art. 364, *caput* e parágrafo único, do Regimento. Cumpridas as disposições regimentais e certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, com fundamento no art. 176, I, do Regimento Interno.

Os recorrentes sustentaram, de igual modo, que as irregularidades apuradas nos autos principais, a saber: “exclusão do denunciante na fase de credenciamento” e “exigência de alvará de funcionamento como documento de habilitação”, revestiram-se de caráter meramente formal, sem o condão de lesar os cofres públicos, bem como de macular os princípios da isonomia e da competitividade do processo licitatório, razão pela qual não poderiam servir de parâmetro para nulidade do certame.

Asseveraram que as aludidas irregularidades não ofenderam a legalidade e, ainda, pontuaram que a questão deveria ser solucionada à luz de outros princípios que norteiam a atuação da administração pública, pois a finalidade da licitação foi atingida com a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Alegaram, à fl. 7 dos recursos, que a própria relatora reconheceu que a primeira irregularidade “não teria condições de anular o certame, pois ainda que fosse observado o rito procedimental correto, o resultado final da licitação seria o mesmo (...).”

Igualmente, à fl. 8 dos autos, ressaltaram que a exigência de alvará de localização e funcionamento, na fase de habilitação, por si só, não poderia ser considerada motivo para anulação do certame, porquanto:

(...) embora se caracterize como uma irregularidade, eis que é um documento não previsto na relação taxativa existente na Lei nº 8.666/93, não determinou qualquer violação à isonomia entre os licitantes, nem ao menos caracterizou uma forma de restrição à competitividade, eis que essa irregularidade sequer foi contestada pelos recorrentes.

Realçaram que a referida condição não se mostrou desarrazoada, tampouco incoerente, pois, ao ser exigida de todos os participantes, salvaguardou o princípio da isonomia, além de configurar-se medida capaz de “aumentar a segurança do Poder Público para futura contratação.”

Aduziram, também, que haveria “flagrante nulidade” se a referida exigência tivesse contemplado a apresentação de alvará expedido pelo Município de Itajubá, não tendo sido essa a hipótese prevista no edital.

Diante de tais alegações, os recorrentes requereram o provimento dos recursos para reformar o acórdão recorrido, com o reconhecimento de que não deve prevalecer a declaração de nulidade do certame. Eventualmente, pugnaram pela alteração da decisão recorrida na parte em que imputou a penalidade de multa, sob o argumento de que a condenação ao pagamento das multas não se mostrou razoável, diante da inexistência de dano ao erário e da ausência de má-fé dos recorrentes.

A Sra. Juliana Aldrine de Oliveira Nogueira de Sá alegou, ainda, que o valor da multa a ela imposta é superior a sua remuneração, conforme comprovante juntado aos autos.

Em face das certidões passadas pela Secretaria do Pleno, recebi os recursos ordinários.

Instada a se manifestar, a Unidade Técnica, às fls. 19 a 20-v. do Recurso Ordinário nº 997.669 e às fls. 18 a 19-v. do Recurso Ordinário nº 997.722, concluiu que os recorrentes não apresentaram justificativas capazes de modificar a decisão proferida nos autos da Denúncia nº 958.271.

O Ministério Público junto ao Tribunal ratificou as conclusões da Unidade Técnica e opinou pelo não provimento dos recursos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Da análise dos pressupostos de admissibilidade, sobressai que os recursos foram aviados em face de decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara, na Sessão de 13/9/2016, dentro do trintídio estabelecido no art. 335 da Resolução nº 12, de 2008, e por partes legitimadas para recorrer, porquanto foram diretamente alcançadas pela decisão.

Assim sendo, em preliminar, voto pelo conhecimento dos recursos ordinários.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

De acordo.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Conheço, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

FICAM ADMITIDOS OS RECURSOS, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

MÉRITO

Na decisão recorrida, o Colegiado da Primeira Câmara julgou parcialmente procedente a denúncia analisada nos autos principais, porquanto foram consideradas irregulares, no exame do Pregão Presencial nº 007/2015: (i) a “exclusão da denunciante do procedimento licitatório na fase de credenciamento com amparo em fato pretérito, verificado em processo licitatório anterior, o que contraria o rito previsto nos incs. VI a XII do art. 4º da Lei n. 10.520/02”; e (ii) a “exigência, como documentação de habilitação, de Alvará para localização e Funcionamento expedido pelo órgão competente do município da sede da empresa licitante”. Conseqüentemente, foi aplicada multa individual de R\$2.000,00 (dois mil reais), aos ora recorrentes, e determinada a adoção de providências para a anulação do referido certame.

Relativamente à primeira irregularidade evidenciada no acórdão recorrido, o Colegiado da Primeira Câmara apenou os responsáveis em razão da decisão administrativa de desclassificar a licitante Karla Danitza Velasquez Maciel - ME, nome fantasia do “Jornal Panorama”, no momento do credenciamento do Pregão Presencial nº 007/2015, com amparo em fato verificado em certame anterior (Pregão Presencial nº 003/2015), no qual a licitante também havia sido desclassificada por ter afirmado que o mencionado jornal “não é vendido ou comercializado na cidade”, mas apenas entregue na Câmara Municipal e na Prefeitura e “distribuído gratuitamente na rua”.

Sobre a questão em referência, é cediço que a desclassificação de licitante, na fase de credenciamento, não encontra amparo na legislação de regência, sendo certo que a pregoeira do CISMAS não observou, estritamente, o rito estabelecido em lei para o

pregão, ao conduzir o Pregão Presencial nº 007/2015, processo licitatório que foi homologado pelo presidente do Consórcio Intermunicipal.

Algumas nuances verificadas no caso concreto, entretanto, devem ser sopesadas, para verificar se o procedimento adotado pela pregoeira, de fato, configurou irregularidade grave, capaz de macular todo o certame e, conseqüentemente, de sustentar a imposição da multa cominada aos responsáveis pelo Pregão Presencial nº 007/2015.

Nesse sentido, conforme demonstrado nos autos principais, o Consórcio Intermunicipal de Saúde dos Municípios da Microrregião do Alto Sapucaí – CISMAS, antes de publicar o edital do Pregão Presencial nº 007/2015, datado de 20/5/2015, fl. 399, havia publicado o do Pregão Presencial nº 003/2015, de 15/4/2015, fl. 285.

Da ata de abertura e classificação das propostas do primeiro certame (fls. 358 e 359), extraio a seguinte passagem:

Terminada essa fase foram abertos os envelopes de habilitação e verificado a regularidade da empresa. Indagada a representante da empresa Karla Danitza Velasquez Maciel se o jornal circula na cidade de Itajubá a mesma informou que o referido periódico não é vendido ou comercializado na cidade, sendo que apenas faz entregas na Câmara municipal, Prefeitura e distribui gratuitamente na rua, razão pela qual não atendido o especificado no edital a empresa foi inabilitada.

Consta, ainda, na aludida ata, que a licitação, diante da inabilitação de todos os participantes, foi considerada frustrada.

Verifico, à fl. 490 da Denúncia nº 958.271, que o assessor jurídico do CISMAS, ao elaborar o parecer jurídico pertinente à análise do recurso administrativo aviado pela licitante Karla Danitza Velasquez Maciel, que figura como denunciante naqueles autos, em face da decisão da pregoeira de desclassificá-la do certame, asseverou:

Inicialmente, cumpre ressaltar que o fato da requerida ter sido desclassificada antes da abertura dos envelopes de proposta e documentação, embora não seja comum, não implicou em nulidade da decisão, mas mera irregularidade incapaz de invalidar aquele ato. (Destaques nossos).

E mais, que a pregoeira assim se manifestou sobre tal recurso administrativo (fl. 372):

Resta claro que a recorrente não atendeu as exigências contidas no Edital, uma vez que seu jornal, comprovadamente não possui circulação em Itajubá, pois a simples distribuição de exemplar na Prefeitura e Câmara Municipal não são suficientes para caracterizar essa circulação.

Assim sendo, ao não satisfazer as exigências contidas no Edital, a recorrente desrespeitou a regra de obediência às normas do ato convocatório, razão pela qual foi inabilitada, mesmo que sua proposta tenha sido a de menor valor.

Dessa forma, considerando que, no edital do Pregão Presencial nº 007/2015, foram mantidas as regras previstas no ato convocatório do certame anterior (Pregão Presencial nº 003/2015), a pregoeira, na sessão de abertura e classificação das propostas, ao confirmar a presença da licitante Karla Danitza Velasquez Maciel, registrou (fl. 474):

Na fase do credenciamento, foi detectado que a empresa KARLA DANITZA VELASQUEZ MACIEL veio participar novamente do certame, foi comunicado ao

representante que ela seria desclassificada, pois o edital está solicitando um jornal local e que não seja de circulação restrita, que tenha venda e circulação em Itajubá.

Percebe-se, do exposto, que a decisão da pregoeira se baseou na constatação de que a licitante não atendia à regra editalícia de que o jornal a ser contratado fosse de circulação no Município de Itajubá.

Nesse particular, é interessante anotar que, no próprio acórdão recorrido, foi reconhecido que a irregularidade destacada não teria o condão de acarretar a anulação do certame, tendo sido assentado que, ainda que fosse observado o rito procedimental correto pela pregoeira, o resultado final da licitação seria o mesmo, pois, conforme por ela averiguado, a licitante desclassificada não atenderia às exigências do edital (distribuição e venda regular em Itajubá) e, assim, não haveria como sagrar-se vencedora do certame.

Assim, a despeito de não ter havido o estrito atendimento das regras legais que disciplinam o rito do pregão presencial, acorde com a decisão recorrida, entendo que a irregularidade atinente à desclassificação da licitante Karla Danitza Velasquez Maciel, no momento do credenciamento, no peculiar caso dos autos, não maculou o processo licitatório. Consequentemente, nesse aspecto diferentemente do acórdão recorrido, entendo que não se trata de irregularidade grave, capaz de servir de fundamento para a imposição de multa aos recorrentes.

Quanto à outra irregularidade consignada no acórdão recorrido, os recorrentes alegaram, em síntese, que, embora não estivesse amparada pela Lei nº 8.666, de 1993, a exigência de alvará de localização e funcionamento, para habilitação, não violou a isonomia e não restringiu a competitividade, pois visava a aumentar a segurança do Poder Público na futura contratação, sendo ela, portanto, razoável e aceitável.

De fato, o alvará de localização e funcionamento não está inserido no rol de documentos especificados no inciso XIII do art. 4º da Lei nº 10.520, de 2002, para fins de habilitação, em processo licitatório na modalidade pregão.

Não obstante a exigência de alvará de localização e funcionamento, na fase de habilitação, seja considerada, em regra, como irregularidade na análise de certames licitatórios, também nesse item considero prudente obter temperar, na análise pontual do processo, se tal apontamento seria motivo bastante para eivar de vício o procedimento e dar ensejo à imposição de responsabilidade aos agentes públicos que conduziram a licitação.

Como premissa básica para tal ponderação, não se pode olvidar que se trata de cláusula corriqueiramente consignada nos instrumentos convocatórios formulados por órgãos e entidades da Administração Pública, os quais reproduzem, mecanicamente, certas regras ou exigências sem a necessária e devida avaliação e, por conseguinte, sem o intuito de restringir a participação de potenciais interessados nos certames que instauram.

Nesse sentido, colaciono trechos do Acórdão TCU 7260/2016, no qual a relatora, Ministra Ana Arraes, aduziu que a rejeição de atestados que não tenham registro em entidade de fiscalização profissional, embora indevida, não pode ser tida como manifesta irregularidade. Vejamos:

(...)

Assim, na aferição da capacidade técnica das pessoas jurídicas, é indevida a rejeição de atestados técnicos que não possuam registro no conselho profissional.

Nada obstante, por exigir esforço interpretativo não imediato, é necessário ponderar que a questão não pode ser tida como manifesta irregularidade. Como consequência de errônea interpretação da norma, a exigência de registro no CREA dos atestados técnicos das pessoas jurídicas é recorrente em licitações públicas. Ocorre que, frequentemente, a obrigação tem pouca relevância, pois as licitantes utilizam-se de acervos técnicos dos profissionais a elas vinculados, que são sempre registrados no conselho profissional. Essa ponderação não se presta a afastar a irregularidade, mas deve ser considerada como atenuante à conduta do agente público.

Além disso, para aferir o grau de lesividade da exigência no caso concreto, é imprescindível avaliar o resultado do certame.

A primeira verificação a ser considerada é a inexistência de tratamento anti-isonômico, posto que a exigência obrigou a todos os participantes do certame (item 9.5.4.1.4 do edital).

Em segundo lugar, é necessário avaliar que o pregão 54/2015 contou com a participação de 17 concorrentes e a contratação se deu com desconto de 29,62% em relação ao orçamento-base da licitação. Estimado em R\$ 4,390 milhões, o contrato foi assinado em R\$ 3,089 milhões, valor superior à proposta da representante em apenas R\$ 9.950,00 (0,32%).

É forçoso concluir, portanto, que a exigência de registro no CREA dos atestados de qualificação técnico-operacional, embora inadequada, não representou restrição à competitividade e tampouco comprometeu a economicidade da contratação. Mesmo em um juízo rigoroso, o potencial prejuízo causado pela pregoeira ao preterir a proposta da representante seria de R\$ 9.950,00.

No caso tratado no processo licitatório denunciado a esta Corte de Contas, pauto-me pelas ponderações consignadas no trecho transcrito da decisão do TCU e reconheço que a interpretação da norma legal exige esforço intelectual não imediato, pelo que o apontamento em exame também não pode ser considerado, de plano, como manifesta irregularidade, mesmo porque, ao se exigir a apresentação de alvará de localização e funcionamento do licitante, a Administração não está, *a priori*, afrontando os propósitos do diploma legal que rege as licitações públicas.

É dizer, ao impor a exigência em exame a todos os interessados em participar da disputa de forma generalizada, não implicando quebra de isonomia, pode-se concluir que o objetivo da Administração foi o de averiguar se o futuro contratado teria autorização concedida pelo Poder Público, *in casu*, pelo Município em que está sediado, para a prestação dos serviços objeto da licitação, em conformidade com as normas municipais.

Diante de tais balizas, entendo que a cláusula editalícia referente à apresentação de alvará de localização e funcionamento do licitante, para habilitação, embora irregular, contém exigência usualmente incluída em editais de licitações publicados pela Administração e que, no caso em exame, não apresenta evidências de que tenha,

efetivamente, restringido a participação de possíveis interessados, tanto que tal exigência sequer foi objeto de impugnação na via administrativa.

Dessa forma, entendo que a decisão recorrida merece reforma também quanto a esse aspecto, para desconstituir a multa imposta aos responsáveis.

Realçados os contornos que adornaram os apontamentos de irregularidade apurados nos autos da Denúncia nº 958.271, entendo que as impropriedades detectadas não revelaram grau de irregularidade suficiente para contaminar a lisura do procedimento e, por conseguinte, para ensejar a anulação e a cessação de seus efeitos jurídicos do Pregão Presencial nº 007/2015 – Processo Licitatório nº 027/2015.

Nesse contexto, acolho as razões dos recorrentes para desconstituir as multas a eles cominadas e, por conseguinte, afastar a determinação de anulação do Pregão Presencial nº 007/2015, contida no acórdão recorrido.

III – DECISÃO

Diante de todo o exposto, dou provimento aos recursos ordinários interpostos pelo Sr. Geraldo Magela Elói, presidente do Consórcio Intermunicipal de Saúde dos Municípios da Microrregião do Alto Sapucaí – CISMAS, à época, e pela Sra. Juliana Aldrine de Oliveira Nogueira de Sá, pregoeira em 2015, para reformar a decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara, em Sessão de 13/9/2016, nos autos da Denúncia nº 958.271, ficando desconstituídas as multas impostas aos recorrentes e a determinação de anulação do Pregão Presencial nº 007/2015.

Cumram-se as disposições regimentais pertinentes e, ao final, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Senhor Presidente, eu mantenho inalterada a decisão proferida pela Primeira Câmara, com os fundamentos do órgão técnico e do Ministério Público.

CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

De acordo com o Relator, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

FICAM APROVADOS OS VOTOS DO RELATOR, VENCIDO O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** preliminarmente, por unanimidade, conhecer dos recursos ordinários; **II)** no mérito, por maioria de votos, dar provimento aos recursos ordinários, para reformar a decisão proferida pelo Colegiado da Primeira Câmara, em Sessão de 13/9/2016, nos autos da Denúncia nº 958.271, ficando desconstituídas as multas impostas aos recorrentes e a determinação de anulação do Pregão Presencial nº 007/2015; **III)** determinar o cumprimento das disposições regimentais pertinentes, e, ao final, o arquivamento dos autos. Vencido, no mérito, o Conselheiro Wanderley Ávila.

Plenário Governador Milton Campos, 04 de outubro de 2017.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente

GILBERTO DINIZ
Relator

(assinado eletronicamente)

jb/ms

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**