

## **DENÚNCIA N. 859188**

**Procedência:** Prefeitura Municipal de Varginha  
**Aposos:** Denúncias n. **838431 e 838433**  
**Responsáveis:** Eduardo Antônio de Carvalho (Prefeito Municipal de Varginha à época), Renato Campos Nogueira (Pregoeiro à época), Jordálio Florêncio de Oliveira (Secretário Municipal de Administração à época)  
**Procuradores:** Wagner Roschel Christe OAB/MG 101747, Tássia Oliveira Guimarães Dias Franco OAB/MG 121813, Alexandre Augusto do Prado OAB/MG 94757, Aderbal Rodrigues Filho OAB/MG 105521, Guilherme Tadeu Ramos Maia OAB/MG 82618  
**MPTC:** MARIA CECÍLIA BORGES  
**RELATOR:** CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

### **EMENTA**

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. ADMINISTRAÇÃO E GERENCIAMENTO DE FORNECIMENTO DE CARTÕES ALIMENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NO EDITAL. EXIGÊNCIA DE REDE DE CREDENCIAMENTO PRÉ-ESTABELECIDO. NÚMERO EXCESSIVO DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS LOCALIZADOS FORA DO MUNICÍPIO. ILEGALIDADE NA EXIGÊNCIA DE AVERBAÇÃO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO (CRA). CERTAME ANULADO. NOVO EDITAL ESCOIMADO DAS IRREGULARIDADES. ADITAMENTOS MINISTERIAIS. NÃO ESTABELECIMENTO DE PREÇO MÁXIMO. NÃO INDICAÇÃO DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO E DO ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHAS. VEDAÇÃO IMOTIVADA À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. AFASTAMENTO DAS IRREGULARIDADES. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. A exigência de rede credenciada de estabelecimentos pré-estabelecida, de todas as licitantes, onera excessivamente e desnecessariamente as empresas interessadas em participar do certame, restringindo a ampla competitividade.
2. O número de estabelecimentos credenciados e a localização desses devem ser razoáveis de modo a não comprometer a competitividade do certame.
3. A exigência de averbação de atestados de capacidade técnica junto ao Conselho Regional de Administração (CRA) não encontra amparo no artigo 30 da Lei de Licitações.
4. Quando a natureza do objeto da contratação já justifica a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame, em razão de não se revestir de alta complexidade e grande vulto, não há obrigatoriedade de a justificativa para a vedação constar do processo administrativo, pois já está implícita.
5. Não há obrigatoriedade de se anexar ao edital planilha de quantitativos e custos unitários e totais, pois, na hipótese em tela, além de se tratar da modalidade pregão, que dispensa tal procedimento, o julgamento do certame foi pela menor taxa de administração.

6. Consoante jurisprudência do Tribunal de Contas da União, somente é obrigatória a divulgação do preço de referência (ou preço máximo) em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas.

**Segunda Câmara**  
**23ª Sessão Ordinária – 23/08/2018**

**I – RELATÓRIO**

Versam os autos de denúncia oferecida em face do Procedimento Licitatório nº 167/2010, modalidade **Pregão Presencial nº 139/2010**, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Varginha, cujo objeto é a “contratação de empresa especializada na administração e gerenciamento de fornecimento de documentos de legitimação (cartões eletrônicos, magnéticos, ou outros oriundos de tecnologia adequada), conforme especificado no projeto básico, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais (supermercado, armazém, mercearia, açougue, peixaria, hortimercado, comércio de laticínios e ou frios, padarias e similares) destinados aos servidores da Prefeitura do Município de Varginha”, encaminhado a este Tribunal em cumprimento à decisão proferida pela Segunda Câmara em 14/04/2011.

O referido procedimento foi deflagrado em substituição ao Processo Licitatório nº 157/2010, modalidade Pregão Presencial nº 132/2010, o qual foi objeto das denúncias contidas nos autos de nºs 838431 e 838433 (apensos), arquivados pela perda do interesse processual em razão da anulação do certame (Pregão Presencial nº 132/2010). Na referida decisão, foi intimado o então Prefeito Municipal dando-lhe ciência das recomendações e da determinação contidas no relatório, anexando-se cópia das notas taquigráficas e remetendo-lhe, ainda, cópia do parecer do Ministério Público.

O Conselheiro Presidente, em 16/08/2011, determinou a autuação dos documentos e sua distribuição ao Conselheiro Sebastião Helvécio, relator das Denúncias nºs 838.431 e 838.433, que tratam da mesma matéria.

O então Conselheiro Relator determinou o encaminhamento dos autos à Unidade Técnica, fl. 490, que em sua análise inicial, de fls. 492 a 496, concluiu que as irregularidades apontadas nos processos apensos foram sanadas com a elaboração do novo edital.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público junto a este Tribunal, que requereu o aditamento da denúncia, bem como a citação dos responsáveis para apresentarem defesa.

Em 14/10/2013, foi determinada a citação do Sr. Eduardo Antônio de Carvalho, Prefeito de Varginha à época dos fatos, do Sr. Renato Campos Nogueira, pregoeiro à época, e do Sr. Jordálio Florêncio de Oliveira, Secretário Municipal de Administração à época.

Em resposta, os interessados apresentaram defesa e documentos, às fls. 520 a 538, que foram examinados pelo órgão técnico, às fls. 543/546v.

Em 10/08/2016, o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas manifestou-se conclusivamente, às fls. 548/549v.

Em 19/04/2017, os autos foram redistribuídos a esta relatoria.

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

Em síntese, as empresas denunciadas (autos de nºs 838431 e 838433) alegaram as seguintes irregularidades no Pregão Presencial nº 132/2010:

- a) reserva de mercado, pela exigência de rede de credenciamento prévia à contratação;
- b) ausência de razoabilidade na fixação de 70 estabelecimentos previamente credenciados no município e 1.000 a nível nacional, caracterizando indevida restrição no certame, violando a igualdade e a ampla competitividade;
- c) ilegalidade na exigência de averbação de atestados de capacidade junto ao Conselho Regional de Administração (CRA).

O Conselheiro Relator das referidas denúncias, em uma análise perfunctória, fls. 63/65 da Denúncia nº 838431, considerou restritivas as exigências editalícias impugnadas, em especial aquelas referentes à qualificação técnica, em razão da não realização dos necessários estudos técnicos que fundamentassem a adoção dos quantitativos exigidos.

Ademais, entendeu que a exigência de credenciamento prévio de estabelecimentos, na fase de habilitação, mostrava-se, à primeira vista, excessivamente onerosa, e, por isso, inadequadamente restritiva à participação de empresas que não tivessem atividades anteriormente estabelecidas na localidade, o que se mostrava potencialmente prejudicial à competitividade do certame.

Deflagrado o novo certame, Pregão Presencial nº 139/2010, o órgão técnico procedeu ao exame do respectivo edital, concluindo pelo saneamento das irregularidades apontadas no instrumento convocatório do certame anulado, fls. 495/496 dos presentes autos:

Preliminarmente informa-se que o Pregão Presencial nº 139/2010 se encontra findo, tendo sido vencedora na licitação a empresa Mixcred Administradora Ltda., conforme contrato assinado em 09/12/2010, fls. 167 a 171 destes autos.

Compulsando os documentos constantes dos autos constata-se que a Prefeitura Municipal de Varginha abriu um novo procedimento licitatório, com nova publicação em 21/10/2010, fls. 267 e 270, divulgando o Pregão Presencial nº 139/2010, cujo edital se encontra às fls. 235/266, bem como foram encaminhados e-mail às empresas, conforme fls. 271 a 287.

Quanto ao novo edital, constata-se que foram sanadas as irregularidades apontadas pelas denunciadas no Pregão Presencial nº 132/2010 (autos de nº 838431 e 838433), conforme se segue:

No item 04.09.02 (Qualificação Técnica), fls. 237/238, foram excluídas as alíneas “c” e “d” que constavam no edital do Pregão Presencial nº 132/2010 (fls. 31/32 dos autos nº 838431), não passando mais a ser exigido o credenciamento em 70 (setenta) estabelecimentos na cidade de Varginha e 1000 (um mil) estabelecimentos a nível nacional, ambos na data de abertura da licitação. Em contrapartida o novo Certame fez incluir em seu edital (itens 05.04, fl. 240 e 10.02, fl. 247) a exigência de credenciamento em número mínimo de 40 (quarenta) estabelecimentos no âmbito do Município de Varginha, fazendo essa exigência apenas da licitante vencedora e no prazo máximo de 10 (dez) dias corridos a contar do recebimento da comunicação específica, e não mais de todas as licitantes na data de abertura da licitação. A comprovação dessa exigência se fez pela informação de fls. 160/161, em que a empresa vencedora - Mixcred Administradora Ltda., apresentou a relação de 42 (quarenta e dois) estabelecimentos credenciados em Varginha.

No item 04.09.02 (Qualificação Técnica), fls. 237/238, foi retificada a alínea “b” passando a não ser mais exigido o registro do atestado de capacidade no Conselho

Regional de Administração, conforme constava anteriormente no edital do Pregão Presencial nº 132/2010, à fl. 31 dos autos de nº 838431.

### III – CONCLUSÃO

Findo o presente exame, em face dos documentos trazidos aos autos, referentes ao Pregão Presencial nº 139/2010 deflagrado pela Prefeitura Municipal de Varginha, conclui-se que as irregularidades apontadas pelas empresas denunciadas nos autos apensos de nº 838431 e 838433, e que foram tratadas no início do item II deste relatório, foram sanadas quando da elaboração do novo edital (Pregão Presencial nº 139/2010) que, conforme informado anteriormente, já se encontra findo, tendo seu contrato sido assinado em 09/12/2010.

Restaram sanadas no novo certame, assim, as irregularidades apontadas no Pregão Presencial nº 132/2010, anulado pela Administração.

O *Parquet* de Contas, por sua vez, em sua manifestação preliminar, fez seus aditamentos relativos ao Pregão Presencial nº 139/2010, os quais serão analisados a seguir:

#### **a) ausência de estabelecimento de preço máximo;**

Segundo o órgão ministerial, não consta do edital cláusula prevendo o preço máximo aceitável pela Administração, resguardando-a do oferecimento de propostas com sobrepreços.

Alega que, embora o artigo 40, X, da Lei de Licitações pareça conferir a faculdade de previsão de preços máximos, não seria esse o entendimento que prevalece na jurisprudência, citando decisão do Tribunal de Contas da União no sentido de ser obrigatória a fixação de preços máximos no edital.

Os defendentes, por sua vez, às fls.520/527, inicialmente, asseveram que a recomendação constante do artigo 40, X, da Lei de Licitações encerra apenas uma faculdade, e não uma obrigatoriedade.

Acrescentam que a Súmula TCU nº 259/2010 deixou assente que, em se tratando de obras e serviços de engenharia, é obrigatória a fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, donde se conclui que, para outros objetos essa fixação seria meramente facultativa.

Ademais, informam que, no presente caso, seria impossível a fixação de preço máximo, já que a remuneração do prestador se daria por meio de taxa de administração, cobrada sobre o valor do serviço intermediado.

Citam ainda doutrina no sentido de que “a fixação de preços máximos veio retirar a possibilidade de real concorrência entre as participantes, porque os preços indicados como máximos acabam sendo aqueles que servirão como preços-base”.

Asseveram, ainda, que a doutrina e jurisprudência predominantes entendem que a fixação de preço máximo não se aplica à modalidade pregão.

Concluem, os responsáveis, que 10 empresas participaram do certame e o Município obteve uma taxa negativa de 5,5% para a administração dos cartões, o que revela a vantajosidade da contratação.

Compulsando os autos, verifica-se que o critério de julgamento adotado na licitação em exame foi o “menor preço global, apurado com base na menor taxa de administração que incidirá sobre os créditos inseridos nos cartões”, consoante estabelecido na cláusula 08.02.01 do edital, fl. 244.

Assim, a fixação de preço máximo, de fato, não se aplica ao presente caso, em razão do critério de julgamento adotado.

Além disso, só é obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas.

Caso contrário, a sua fixação não é obrigatória, estando sujeita à discricionariedade da Administração, que avaliará a sua pertinência, caso a caso.

Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca da matéria, conforme se depreende a seguir:

#### SEGUNDA CÂMARA

#### **É obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas.**

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Comando Logístico do Exército (Colog), tendo por objeto o registro de preços para a aquisição de materiais de intendência (fardamento, coturno, gorro, espora e cobertor). Em síntese, alegara a representante ter sido irregularmente desclassificada para o item 3 do certame (coturno), após a fase de lances, *“mesmo tendo ofertado o menor preço, em razão de a sua proposta ter se mostrado superior ao valor estimado para a contratação”*. Ademais, destacara que *“teria solicitado ao pregoeiro a informação quanto ao preço de referência, mas que ela lhe foi negada sob o argumento de que a publicidade do preço de referência consistiria em mera faculdade da administração”*. O relator, após a realização das oitivas regimentais, anotou que a controvérsia derivava de *“intelecções distintas sobre o alcance do Acórdão 392/2011-TCU-Plenário, que pugnara pela obrigatoriedade da divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando esse preço for utilizado como critério de aceitabilidade de preços”*. A propósito, transcreveu excerto do voto condutor do aludido julgado, no qual se lê: *“É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993”*. Considerou, assim, procedente a irrisignação da representante, já que *“quando erigido a critério de aceitabilidade, o preço de referência deve ter divulgação prévia e obrigatória, na forma da lei e como corolário, mesmo, do princípio do julgamento objetivo (v. g.: Acórdão 392/2011-Plenário), de sorte que haveria de constar, do edital do Pregão Eletrônico nº 39/2014, o preço referencial adotado pelo Colog, vez que se tratava, no presente caso, de critério de aceitabilidade de preços”*. No caso concreto, aduziu, *“o pregoeiro do Comando Logístico do Exército, ao interpretar o Acórdão 392/2011-Plenário, se ateu à condição geral contemplada no aresto do TCU, que faculta a divulgação do valor orçado e dos preços referenciais no edital do pregão, esquecendo que essa faculdade subsistiria apenas no caso de o preço referencial não funcionar como critério de aceitabilidade de preços”*. Nesse sentido, prosseguiu, *“houve, sim, prejuízo à licitante até então vencedora do certame e, também, ao interesse público, já que a fase de negociação das propostas foi conduzida sem a clara e prévia definição do preço usado como critério de aceitabilidade, a despeito de o pregoeiro até ter dado oportunidade às licitantes (cujas propostas ficaram acima do preço de referência) para que, respeitada a ordem classificatória, reduzissem os seus lances até um patamar inferior ao valor referencial, o qual, todavia, não estava clara e previamente declarado no certame”*. Assim, acolheu o colegiado a proposta da relatoria, para julgar procedente a Representação, fixando prazo para a adoção de providências necessárias à anulação dos atos atinentes e consequentes ao item da licitação impugnado, e determinar ao Comando Logístico do Exército (Colog) que *“se abstenha de incorrer nas falhas apontadas nestes autos, esclarecendo que há necessidade de divulgação do preço de referência no edital do pregão, quando o aludido preço for adotado como critério de aceitabilidade de preços, em consonância com a jurisprudência do TCU”*.

(e.g.: Acórdão 392/2011-TCU-Plenário)”. Acórdão 10051/2015-Segunda Câmara, TC 008.959/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 10.11.2015. (grifo nosso)

Considero, assim, afastado o apontamento ministerial.

**b) ausência de indicação do valor estimado da contratação e do orçamento estimado em planilhas;**

Segundo o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, o valor estimado da contratação implica a regularidade do procedimento licitatório e consiste em importante baliza orientadora na formulação das propostas e no julgamento de sua aceitabilidade, evitando a classificação de propostas com valores excessivos ou inexequíveis.

Acrescenta que a ausência do valor estimado, bem como da planilha de quantitativos e preços unitários, afrontaria o artigo 40, §2º, II, da Lei nº 8666/93, aplicável de forma subsidiária para a modalidade pregão, conforme art. 9º da Lei nº 10520/2002.

Os responsáveis, em sua defesa, alegam que a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado é meramente facultativa, nos termos do trecho extraído do Acórdão 392/2011, de relatoria do Ministro José Jorge, publicado em 23/02/2011:

Portanto, **nas licitações na modalidade pregão**, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global, **não constituem elementos obrigatórios do edital**, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a validação da oportunidade e conveniência de incluir tais orçamentos – e os preços máximos, se a opção foi a sua fixação - no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los. (grifo nosso)

Concluem os responsáveis que, no caso concreto, haja vista a natureza do objeto do certame não se tratar de obra ou serviço de engenharia e se tratar de pregão, não é obrigatória a indicação do valor estimado da contratação e do orçamento estimado em planilhas.

Relativamente ao valor estimado da contratação e ao orçamento estimado em planilhas de preços unitários, o inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, estabelece:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

...

§ 2º. Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

...

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Depreende-se do preceito normativo em destaque que, nas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 1993, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários deve constar como anexo do instrumento convocatório, dele fazendo parte integrante, revelando-se cogente o comando insculpido no texto legal.

Lado outro, **na modalidade pregão, a divulgação do orçamento como anexo do edital é faculdade da Administração, pois, consoante o disposto no inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520, de 2002, o orçamento deve integrar os autos do processo licitatório.**

Confira-se a exata dicção do dispositivo legal citado:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

...

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;”

Nesse sentido, para atender ao princípio da publicidade, basta que a Administração, em certame na modalidade pregão, faça constar no edital, expressamente, que o orçamento estimativo integra os autos do procedimento licitatório, o qual deve ser amplamente franqueado aos interessados para consulta.

Nessa vertente, citam-se as decisões do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, nos processos autuados sob os n<sup>os</sup> 887.858, 896.368 e 896.531.

Compulsando os autos, verifico que, no caso em exame, não há que se falar em planilha de custos unitários e totais, já que o julgamento do certame foi pela menor taxa de administração.

Na minuta do contrato, fls. 262/266, consta o valor total mensal estimado da contratação (R\$300.720,00), sobre o qual seria aplicada a taxa de administração.

Ademais, consta do Projeto Básico, anexo ao edital, juntado às fls. 259/261, no item “3.3 Quantitativos”, todos os dados necessários à formulação das propostas, tais como o número de servidores da Prefeitura Municipal de Varginha e o volume mensal concedido a cada usuário.

Assim, entendo que não há irregularidade no edital em exame, nesse particular.

### **c) vedação imotivada à participação de consórcios.**

De acordo com o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, o edital vedou a participação de empresas reunidas em consórcio, estabelecendo restrição à competitividade e contrariando o disposto no artigo 3º, §1º, I, da Lei de Licitações.

Alega que, embora discricionária a admissão ou não de consórcios no certame, a escolha da Administração deve ser devidamente motivada nos autos, o que não teria ocorrido.

Os responsáveis, na defesa apresentada, asseveram que “a permissão de participação de empresas em consórcio na licitação é excepcional justamente porque o que se quer é preservar o máximo possível a competitividade do certame”.

Concluem, assim, que a regra geral é a não aceitação de consórcios nas licitações públicas, devendo ser motivada a decisão que permite tal participação.

Acerca da matéria, entendo que cabe razão aos defendentes quando afirmam que a regra é a vedação.

Em situações excepcionais, quando o objeto da contratação se revestir de alta complexidade e o valor for elevado, aí sim permitir a participação de consórcios pode incrementar a competição, pois empresas que não participariam do certame reuniriam seus esforços com vistas à execução do objeto.

Lado outro, se permitida a participação de consórcios em licitações de baixa complexidade e pequeno vulto, empresas que competiriam entre si poderiam se juntar e apresentar uma só proposta, o que cercearia a participação de um número maior de licitantes.

Ademais, se, excepcionalmente, o objeto da contratação possuir alta complexidade e elevado vulto, de modo que a permissão à participação de consórcios seja claramente cabível, entendendo não ser obrigatória a apresentação de justificativa formal nos autos para a permissão.

Na mesma esteira, se o objeto não se revestir de complexidade e vulto a ensejar a permissão, restando evidente que a participação de consórcio restringiria a competição, também seria dispensável a justificativa formal para a permissão.

Assim, quando a própria natureza do objeto já indicar a vedação ou a permissão, em razão da complexidade e do vulto, considero desnecessária a fundamentação da decisão nos autos do processo administrativo, pois esta já estaria implícita.

Corroborando esse entendimento a decisão unânime proferida pelo Tribunal Pleno, em 03/08/2016, nos autos do Recurso Ordinário nº 952058, de minha relatoria:

#### II.2.2.2 Discricionariedade e motivação

Esclarecido este primeiro ponto, importante agora trabalhar a questão da responsabilização do gestor pela ausência de motivação expressa, no que tange a autorização ou vedação à participação de empresas reunidas em consórcio na licitação.

De início, vale dizer que dentre os elementos que integram o conceito de ato administrativo, exsurge o motivo como aquele que, em caráter antecedente ou concomitante à prática do ato, diz respeito às razões que levaram o agente público a “realizar esta ou aquela conduta”.

O que há muito se discute, é se os motivos devem obrigatoriamente estar expressos de maneira explícita (exposição de motivos /motivação) ou se tal exigência pode ser de alguma forma flexibilizada. Por certo, até como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus vetores a exigência de transparência nas ações do Poder Público, de modo a permitir o controle e a responsabilização por condutas desviantes das normas basilares que regem a Administração Pública, motivar deve ser, pelo menos em princípio, entendida como a regra a ser seguida.

Assim sendo, por certo, é salutar que o gestor sempre fundamente a opção, a fim de afastar qualquer questionamento acerca da lisura da escolha e conferir maior transparência ao procedimento licitatório.

Entretanto, como não se pode sustentar que existam normas *a priori* absolutas, não sopesáveis em qualquer hipótese no caso concreto, perfilho o entendimento de que, em algumas situações – a exemplo da presunção de inocência – a necessidade de expressamente se declinar os motivos da prática de determinado ato, pode ser relativizada, de particular modo a partir da ótica de atuação dos órgãos de controle e da consequente responsabilização do gestor.

A razão para tal assertiva é que se poderia impor ao gestor um ônus excessivo de dizer o porquê da prática de todo e qualquer ato do cotidiano da Administração, em especial, como no caso concreto, quando se defende uma vinculação da permissão/vedação da participação em consórcios com a natureza do objeto licitado.

Ora, nesse cenário, pode-se defender aqui que nos casos em que a situação fática se amolda à regra geral (objeto complexo/permissão; objeto simples/vedação), a motivação afigura-se implícita ou *in re ipsa*, em outras palavras, imanente ao próprio objeto.

Por óbvio, tal premissa também não pode ser considerada *jure et jure*, cabendo a este Tribunal, em função das nuances do caso concreto, entender que nesta ou naquela situação, excepcionalmente, subsiste a necessidade da motivação expressa. Portanto a ausência de motivação expressa é sempre sindicável, a partir de parâmetros de razoabilidade.

A referendar essa construção, vale menção à Lei Federal nº 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal<sup>1</sup>, e prevê em seu artigo 50, o seguinte:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. (grifo nosso)

Assim, a partir da exegese do art. 50, I, supramencionado, se a vedação ou permissão não se enquadrarem nas respectivas regras gerais, é necessária e obrigatória a motivação expressa, sob pena de não conformidade com o ordenamento jurídico, posto que seriam, em tese, restritivos à competitividade.

Isso dito, é necessário volver à premissa inicial explicitada, e lembrar que a vedação, por si só, não implica em restrição à competitividade, e que a permissão, da mesma forma que a vedação, também pode acarretar a restrição, em função da natureza do objeto licitado, permitindo-se concluir que somente quando, “a priori”, a opção da Administração se mostrar potencialmente restritiva (uma vez que fora da regra geral) é que deverá ser expressamente motivada no processo administrativo.

A título exemplificativo, tem-se que, em uma licitação para aquisição de material de escritório, em razão da natureza do objeto, um grande universo de empresas isoladamente é capaz de executar o contrato. Nesse caso, a associação das possíveis licitantes em consórcio comprometeria a competição entre elas, prejudicando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Nessa hipótese, a natureza do objeto da contratação já justifica a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame, não havendo obrigatoriedade, a meu ver, de tal justificativa constar do processo administrativo.

De outra senda, se a Administração, fazendo uso de seu poder discricionário, optasse por permitir a participação de empresas reunidas em consórcio em licitações dessa natureza, nesse caso, teria que motivar tal decisão, pois, em tese, estaria a restringir a competitividade.

Lado outro, no caso de uma licitação para construção de uma usina no valor de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), a sua natureza complexa e grande vulto indicam que a permissão para a participação de empresas reunidas em consórcio

---

<sup>1</sup> STJ AgReg no Ag 1196717, aplicação subsidiária a Estados e municípios.

ampliaria o universo de licitantes. A opção pela permissão, então, já se mostra viável, de plano, não carecendo de motivação. Nessa hipótese, se a Administração decidisse por vedar a participação de consórcio, teria que fundamentar tal escolha no processo administrativo, haja vista a opção se mostrar restritiva.

Conclui-se, dessa forma, que a motivação devidamente fundamentada e expressa se faz necessária quando a permissão ou vedação se mostrarem, em um cotejamento com a regra geral, restritivas à competitividade do certame.

Assim, diante de uma licitação cujo vulto e/ou complexidade do objeto recomende a participação de consórcios com vistas a ampliar a competitividade (regra geral), não é admissível a simples vedação à participação de consórcios, sem a plena e efetiva justificativa, sob os ângulos técnico e econômico.

Da mesma forma, em uma licitação cujo objeto é comum, a Administração não pode permitir a participação de consórcio, sem que motive fundamentadamente e formalmente a sua escolha, pois em tese estaria restringindo a competição entre possíveis licitantes.

(...)

#### II.2.5 Análise do caso concreto

No caso concreto, a falta de justificativa para a vedação à participação de empresas reunidas em consórcios em licitações, considerada isoladamente, não constitui, como se infere de toda a argumentação expendida, ilegalidade na conduta do gestor, pois não há obrigatoriedade legal para a apresentação da referida justificativa.

O que se sustenta é que, *in casu*, a permissão é que traria comprometimento à competição, pois empresas que poderiam competir entre si poderiam se juntar e apresentar uma proposta única. Logo, não há arbitrariedade na conduta do gestor, já que a própria natureza do objeto e o vulto da licitação justificam a vedação.

O objeto<sup>2</sup> do certame em análise, embora possua valor significativo (R\$237.108,00), não esbarra em questões de maior complexidade técnica, não se justificando, de fato, a necessidade de formação de consórcios entre empresas para que o interesse público seja alcançado.

É notório que não há qualquer diferencial de complexidade na execução do objeto em questão a exigir a reunião de empresas em consórcio. E, ainda, não obstante o valor seja significativo, não pode ser considerado de grande vulto.

Assim sendo, feitas essas considerações, entendo que a omissão dos responsáveis em motivar a presença de cláusula nesse sentido (item 5.3) no certame não trouxe prejuízos à competitividade, e nem mesmo teve o potencial de reduzir o número de participantes interessados.

O objeto, nesse caso, por si, justifica a vedação, sendo apenas recomendável que a motivação para a vedação conste do processo administrativo. Portanto, não há irregularidade passível de sanção nos autos em questão.

Cabe aqui citar trecho do voto do Conselheiro Gilberto Diniz no processo de Denúncia nº 944741, aprovado em sessão da Segunda Câmara de 28/04/2016:

Subitem 2.2.3 do edital - vedação de participação de empresas em consórcio

---

<sup>2</sup> 1- DO OBJETO 1.1 A presente licitação tem por objeto a compra de pneus novos, câmaras e protetores para os veículos da Prefeitura Municipal de Mar de Espanha no exercício de 2014, de acordo com as especificações definidas no Anexo I deste Edital.

Quanto à ausência de motivação para a vedação de participação de empresas em consórcio, constante no subitem 2.2.3 do instrumento convocatório, entendo que não houve ilegalidade na condução do procedimento licitatório, nesse ponto. Não se pode afirmar que houve restrição à competitividade, tampouco afirmar que a participação de empresas em consórcio no certame em exame atrairia novos interessados.

Quanto a esse apontamento, embora considere que o caráter discricionário do administrador público é relativo, e não absoluto, conforme Acórdão nº 1678/2006 do Plenário do TCU, no caso concreto, verifiquei que o objeto do certame (contratação de empresa especializada em transporte escolar dos alunos da rede municipal de ensino) não esbarra em questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de consórcio para participação na licitação, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas.

Em função disso, entendo que o ponto questionado pelo Ministério Público junto ao Tribunal cinge-se à ausência de justificativa para a vedação à participação de empresas em consórcio, e não à participação, ou não, de consórcios em si, que é ato sujeito à discricionariedade da Administração Pública.

Assim, a meu sentir, não há ilegalidade capaz de comprometer a lisura do certame, nesse particular, mas recomendo que, nos editais de licitação futuros, o gestor motive a vedação de participação de consórcios, quando for esse o caso. (grifos nossos)

Fica evidenciado, portanto, que a Administração responsável pelo certame possui o poder de decidir, no caso concreto, se a participação ou não de empresas consorciadas no certame condiz com o interesse público, fundamentando sua decisão nos autos do processo administrativo.

Em alguns casos, contudo, a motivação para tal decisão não se faz obrigatória, pois já está implícita na natureza do objeto da contratação.

Compulsando os autos, verifico que o objeto do certame em exame – contratação de empresa especializada na administração e gerenciamento de fornecimento de documentos de legitimação (cartões eletrônicos, magnéticos, ou outros oriundos de tecnologia adequada) para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais (supermercado, armazém, mercearia, açougue, peixaria, hortimercado, comércio de laticínios e ou frios, padarias e similares) destinados aos 3.084 servidores da prefeitura do município de Varginha – não possui complexidade e vulto (taxa de administração sobre R\$300.720,00 mensais) a ensejar a participação de empresas reunidas em consórcio com vistas a garantir maior competitividade ao procedimento licitatório, razão pela qual entendo desnecessária a motivação expressa para a vedação na fase interna, pois ela já está implícita na natureza do objeto da contratação.

Considero, assim, afastada a irregularidade apontada pelo *Parquet* de Contas.

### III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, tendo em vista terem sido corrigidas no edital relativo ao Pregão Presencial nº 139/2010, deflagrado pelo Município de Varginha, as irregularidades ocorridas no certame anulado, bem como terem sido afastadas as impropriedades apontadas nos aditamentos ministeriais, voto pela extinção dos autos com resolução de mérito e determino seu arquivamento, nos termos do disposto no artigo 176, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Cumpram-se as disposições regimentais pertinentes.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em declarar a extinção dos autos com resolução de mérito e determinar o seu arquivamento, nos termos do disposto no artigo 176, inciso I, do Regimento Interno desta, tendo em vista terem sido corrigidas no edital relativo ao Pregão Presencial nº 139/2010, deflagrado pelo Município de Varginha, as irregularidades ocorridas no certame anulado, bem como terem sido afastadas as impropriedades apontadas nos aditamentos ministeriais.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 23 de agosto de 2018.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA  
Relator

*(assinado eletronicamente)*

sf/jb

### **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 de  
Deliberações e Jurisprudência**