

DENÚNCIA N. 1031622

Denunciado: Prefeitura Municipal de Bocaiuva

Denunciante: Marco Antônio Berg

Responsáveis: Marisa de Souza Alves, Prefeita Municipal de Bocaiuva, Flávia Pereira de Avelar Almeida, Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva, e Ana Angélica Perpétuo, Pregoeira da Prefeitura de Bocaiuva

Procurador: Aelson Alves dos Santos, OAB/MG n. 68.254

MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Melo

RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. TRANSPORTE ESCOLAR. PRELIMINAR. VÍCIO NO ATO DE CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DA SUGESTÃO DO ÓRGÃO TÉCNICO E DO QUESTIONAMENTO SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. MÉRITO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. PREVISÃO DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO SEM NOTIFICAÇÃO DO CONTRATADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECOMENDAÇÃO.

1. Não há que se falar em vício na citação, se o Aviso de Recebimento (AR) do comunicado do ato de citação não tiver sido assinado pelo próprio responsável ou interessado, desde que a correspondência tenha sido encaminhada ao domicílio ou à residência do destinatário e que tenha a identificação de quem a recebeu.
2. O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento.
3. Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a

apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-se que, para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante.

4. Viola os princípios do contraditório e da ampla defesa a previsão de cláusula que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Primeira Câmara
28ª Sessão Ordinária – 25/09/2018

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia formulada pelo Sr. Marco Antônio Berg em face do edital de licitação do Pregão Presencial n. 002/2018, lançado pela Prefeitura Municipal de Bocaiuva, com o intuito de selecionar a proposta mais vantajosa visando a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para a prestação de serviços de transporte escolar, a serem executados em regime de empreitada pelo menor preço do Km rodado por itinerário.

Preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 301 do Regimento Interno deste Tribunal, a documentação de fls. 01/60 foi recebida como Denúncia, conforme despacho de fl. 63, tendo o Conselheiro Presidente determinado a devida autuação e distribuição do feito.

Assim, os autos foram distribuídos à minha relatoria, fl. 64, quando, mediante despacho de fl. 65, determinei o encaminhamento do feito à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, que elaborou o estudo de fls. 66/85 com a urgência requerida em virtude da proximidade da data de realização da sessão de lances do Pregão.

À vista das irregularidades apontadas no sobredito estudo técnico, considerei no despacho de fls. 87/88 que não se justificava o prosseguimento da presente ação de controle e, por isso, ao invés de determinar a citação dos responsáveis, encaminhei os autos ao Órgão Ministerial, que apresentou entendimento contrário ao desta relatoria no parecer de fls. 89/92.

Na sequência, revi minha posição inicial e determinei a citação das responsáveis, que não se manifestaram.

Seguiu-se a análise técnica de fls. 103/105 e a juntada da defesa de fls. 110/112, apresentada intempestivamente pela Sra. Ana Angélica Perpétuo, Pregoeira da Prefeitura de Bocaiuva.

Por fim, encaminhei os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, que opinou às fls. 115/119.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar: nulidade do feito em virtude de vício no ato de citação

Às fls. 108/109 a Unidade Técnica erizou dúvida quanto a citação das responsáveis, porque elas não apuseram assinatura nos Avisos de Recebimento (AR's) juntados às fls. 97/99 e não apresentaram defesa.¹

Desse modo, e ao sopesar que a Diretoria da Secretaria da Primeira Câmara certificou a regular citação das responsáveis, o Órgão Técnico sugeriu, como medida de segurança jurídica, a citação das responsáveis por edital.

O Ministério Público junto ao Tribunal, por sua vez, às fls. 115/119, suscitou preliminar de nulidade da citação das responsáveis ao fundamento de que não foram observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório em relação às Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar Almeida, Prefeita Municipal de Bocaiuva e Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva, respectivamente.

O *Parquet* de Contas argumentou, em síntese, que no caso em apreço as referidas agentes públicas não foram citadas, porquanto constam dos AR's de fls. 97 e 99 assinaturas de terceiros estranhos à relação processual, a saber, Eusany V. Faria e Lindaura de Souza. Logo, segundo o Órgão Ministerial, não foi atingido o objetivo do ato citatório, de oferecer às responsáveis o direito à ampla defesa e ao contraditório, consagrado no inciso LV do art. 5º da Constituição da República.

Afirmou o *Parquet* especializado que o § 1º do art. 172 do Regimento Interno deste Tribunal dispõe que a ausência de citação é considerada nulidade absoluta e, nesse sentido, citou doutrina que entende militar em prol de sua alegação.

E, por fim, o Órgão Ministerial concluiu que “*impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito, com relação às **Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar**, [...], devendo ser a presente Denúncia arquivada [...] por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido*”. (Destaque do texto)

Em que pese os argumentos apresentados pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, esta Corte de Contas já se manifestou acerca da matéria e, nessa linha, refutou o questionamento quanto à nulidade de citação em virtude de constar no Aviso de Recebimento (AR) do mandado de citação a assinatura de terceiros. Nessa toada, cito a decisão proferida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 03 de dezembro de 2014, na apreciação dos Recursos Ordinários n. 911.718, 911.701 e 911.717, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, cujo trecho da fundamentação transcrevo abaixo:

O Tribunal de Contas possui autonomia para regulamentar os processos administrativos de sua competência constitucional, jungido – por óbvio e sempre – pelos princípios gerais do processo e, mais especialmente aqui, pela garantia ao contraditório e à ampla defesa.

Foi justamente guindado por essa tônica que a Casa promoveu alteração na norma regimental e também em sua Lei Orgânica a fim de que as citações, quando realizadas por via postal, não necessariamente devam se dar única e exclusivamente à pessoa do próprio citando, constituindo-se como válida somente se ele apusesse sua assinatura.

¹ Registra-se, a propósito, que até então a Sra. Ana Angélica Perpétuo, Pregoeira da Prefeitura de Bocaiuva, não tinha apresentado sua defesa, vindo a fazê-lo depois da conclusão do estudo da Coordenadoria Técnica.

Ao dispor sobre a citação e a intimação, realizada nos autos dos processos de controle que tramitam nesta Corte, o art. 78 da Lei Complementar 102/2008 cita, dentre os meios admitidos, a “por via postal ou telegráfica”.

Regulamentando a matéria, o art. 166, §2º, da Resolução n. 12/2008 determina que as citações realizadas por via postal serão comprovadas mediante juntada aos autos do aviso de recebimento entregue no domicílio ou residência do destinatário, contendo o nome de quem a recebeu.

Não há nenhuma norma específica no âmbito desta Casa que determina a necessidade de que a citação ou a intimação sejam subscritas pelo próprio destinatário. De se registrar que a garantia ao contraditório e à ampla defesa não deve ser buscada de forma desarrazoada e irrefletida, de molde a, inclusive, engessar a própria tramitação processual – melhor dizendo, funcionando como verdadeiro óbice à constituição da relação processual.

Inclusive, conforme bem colocado pelo relator dos autos principais, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, não seria razoável exigir e esperar que o próprio Presidente da Câmara assinasse todos os comprovantes de recebimento das correspondências a ele endereçadas. Até porque nem sempre seria possível encontrá-lo no local de trabalho, uma vez que muitas das variadas atribuições típicas do cargo são exercidas em ambientes diversos da sede do Legislativo, como reuniões e viagens oficiais a outros Municípios.

Além disso, cita-se o entendimento já consolidado nesta Casa em relação ao tema, conforme se depreende dos Recursos Ordinários n. 896.564², 851.439 e 851.440³ e da Denúncia n. 838.897⁴.

Não se pode dizer, igualmente, que haveria no caso em tela cerceamento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto tinham os gestores ciência das obrigações constitucionais assumidas – no caso, a de realizar concurso público para o preenchimento dos cargos vagos –, e da possibilidade de aplicação de penalidades por esta Corte em caso de descumprimento das normas jurídicas que regulam a matéria.

Inclusive, cabe ao Presidente da Câmara Municipal ao assumir as funções de Chefe de Poder, organizar-se para receber adequadamente a correspondência que lhe é encaminhada e, internamente, dar-lhes o devido andamento. No caso em análise, em relação ao Sr. José Antônio Coelho de Carvalho – Presidente do Legislativo Municipal à época – não há dúvidas de que a carta citatória foi devidamente entregue àquele órgão, sendo recebida por servidora ocupante do cargo de Auxiliar de Serviços Gerais, o que, nos termos da Lei Complementar 102/2008, evidencia a regularidade da citação.

Não bastassem todas essas colocações, vale mencionar também que o entendimento no âmbito da Justiça do Trabalho é o de que a citação postal possa ser recebida por terceiro que não o próprio citando⁵. Por força da impessoalidade da citação postal (art. 841, §1º da

² Pleno. Recurso Ordinário n. 896.564. Relator: Conselheiro Mauri Torres. Julgado em 30/10/2013.

³ Pleno. Recurso Ordinário n. 851.440. Apenso: Recurso Ordinário n. 851.439. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Julgado em 20/03/2013.

⁴ 1ª Câmara. Denúncia n. 838.897. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Preliminar de mérito que trata da matéria julgada em 19/02/2013.

⁵ Conforme se extrai dos seguintes autos: ROAR - 1167/2002-000-06-00.5 Data de Julgamento: 19/08/2008, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de

CLT) atingiu-se maior celeridade na tramitação dos processos na justiça trabalhista – que é exatamente o que se pretende na Corte de Contas.

Cito também o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁶ trazido na decisão ora recorrida, que considerou válida a citação por Aviso de Recebimento realizada no âmbito do processo de execução fiscal – que é igualmente normatizado por lei especial, tal qual os procedimentos realizados no âmbito desta Corte de Contas.

Embora os regramentos especiais que regulam os processos de execução fiscal, os da Justiça do Trabalho e do Tribunal de Contas façam menção à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – o qual, por seu turno, impõe que a citação seja recebida pelo próprio citando ou por quem detenha poderes específicos para tanto –, tal fato não desautoriza que haja disposição distinta daquela, com vistas a proporcionar um trâmite mais eficiente dos processos. E foi exatamente isso que se deu em todos os casos: fez-se constar do regramento previsão genérica de que a citação poderá ser feita pela via postal, sem a exigência de que seja por mãos próprias.

Por óbvio, cristalino é que a aplicação subsidiária somente tem lugar secundário nos processos desta Corte. E aplicação secundária não significa acatar exigências que restrinjam o desenvolvimento do processo, quando a norma própria do órgão foi editada de forma genérica justamente pretendendo o contrário: dar celeridade ao ato citatório.

Por todo o exposto, deixo de acolher a preliminar de mérito de nulidade citatória suscitada pelos recorrentes.

Destaco, também, a decisão proferida na Sessão da Primeira Câmara do dia 1º de julho de 2014 no julgamento da Inspeção Ordinária n. 759.634, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio:

O Ministério Público junto a esta Corte (fl. 323/325), diante do fato de que os Avisos de Recebimento (AR) acostados aos autos não foram subscritos por seus destinatários (fl. 304/305), entende que não se pode presumir que a citação tenha sido efetivada, e, por isso, pugna para que seja determinada nova citação, sob pena de desrespeito à ampla defesa e ao devido processo legal.

É pacífico nesta Corte de Contas que não há nulidade na citação ainda que o AR tenha sido subscrito por terceiro.

O art. 78 da Lei Orgânica deste Tribunal (LC n. 102/08) autoriza a citação por via postal, ao passo que o Regimento Interno (Res. n. 12/08) estabelece, no § 2º do art. 166, que as citações realizadas por via postal serão comprovadas mediante juntada aos autos do aviso de recebimento entregue no domicílio ou residência do destinatário, contendo o nome de quem a recebeu, sem, contudo, exigir que a entrega do mandado seja feita em mão própria.

Mesmo porque, ressalte-se, o Aviso de Recebimento em Mãos Próprias, previsto no antigo Regimento Interno desta Corte (Res. n. 10/96, art. 229, § 1º), não por acaso, não foi contemplado pelo Regimento atualmente em vigor, tratando-se de evidente caso de

silêncio eloquente do legislador, não havendo outra interpretação senão compreendê-lo como extinto na atual prática desta Corte de Contas.

Pelo exposto, com fundamento nas jurisprudências desta Corte acima transcritas, não acolho a preliminar de nulidade arguida pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal e considero válidos os atos de citação das Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar Almeida, respectivamente, Prefeita Municipal de Bocaiuva e Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva.

Mérito: exigência de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação da licitação e previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Conforme expus no relatório supra, tão logo recebi em meu Gabinete os autos da Denúncia em epígrafe, instei o exame da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL).

Desse modo, sobreveio aos autos o estudo técnico de fls. 66/85, no qual a Unidade Técnica (a) examinou as 21 (vinte e uma) irregularidades apontadas pelo denunciante, (b) confirmou a procedência de 03 (três) dessas irregularidades, (c) ponderou que era desarrazoada a suspensão liminar do certame e (d) sugeriu a baixa dos autos em diligência para instruí-los com vistas à complementação da análise técnica. Convém, nessa esteira, transcrever a conclusão da Unidade Técnica:

24. CONCLUSÃO

Do exame dos termos da denúncia, face à documentação de fls.62/741, entende-se como irregular:

1. Exigência de alvará de funcionamento.
2. Ausência de notificação de rescisão contratual.
3. Ausência do orçamento estimado em planilha de custo unitário e valor global como anexo do edital.

Entretanto, em que pesem as irregularidades apontadas, esta Unidade Técnica, neste momento, entende não ser razoável a suspensão do certame, pelas seguintes razões:

- 1 – Há divergência de entendimento nesta Corte de Contas quanto às irregularidades 1 e 3 citadas;
- 2 - Já foi realizada a sessão pública para abertura dos envelopes na data de 08/02/2018, às 08:00;
- 2 - A suspensão do certame pode levar a Administração a fazer a contratação direta por meio da dispensa de licitação e pagar pelo serviço um preço superior ao preço da licitação.
- 3 – O transporte escolar para atender as necessidades do Município é considerado de relevância pública.
- 4 – Ocorrência do *periculum in mora* inverso, pois a suspensão poderá prejudicar as atividades da administração pública e comprometer o período letivo que já iniciou.

Isto posto, numa ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, este Órgão Técnico entende ser a suspensão do certame prejudicial à administração pública e à coletividade. Logo, a continuidade da licitação deve ter-se por necessária, sendo, no momento, a solução menos gravosa ou onerosa para alcançar o fim público.

Considerando que não foi possível analisar todos os pontos da denúncia em razão da ausência nos autos das fases interna e externa do certame, esta Unidade Técnica sugere que os autos sejam baixados em diligência a fim de que a Sra. Marisa de Souza Alves, Prefeita Municipal, e a Sra. Ana Anjelica Perpétuo, Pregoeira e subscritora do edital, fl. 20, sejam intimadas para que enviarem a esta Corte de Contas toda a fase interna e externa deste certame para complementação deste estudo técnico, quanto aos tópicos:

1 - Da numeração e rubrica das páginas do edital;

2 – Do período letivo escolar.

Após, os autos podem retornar a esta Unidade Técnica para análise conclusiva.

Compulsando o mencionado estudo técnico, conclui que não se justificava a continuidade da Denúncia n. 1.031.622, pois, a uma, entendia que era regular a exigência de alvará de localização e funcionamento nos prélios seletivos, a duas, avaliei que a ausência de notificação da contratada para rescisão contratual não comprometia, restringia ou frustrava o caráter competitivo da licitação, e, a três, compreendia que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e global deve constar da fase interna do procedimento licitatório, e não como anexo do edital.

Por outro lado, no que diz respeito aos apontamentos de irregularidades cujo exame não foi possível em face dos elementos contidos nos autos, para os quais a Unidade Técnica sugeriu a baixa dos autos em diligência, considere que a adoção dessa medida não traria nenhum resultado útil ao processo.

A esse respeito, peço vênias aos meus pares para reportar *in totum* as razões que ampararam meu convencimento acerca da desnecessidade de prosseguimento do feito e da diligência proposta pelo Órgão Técnico:

Em face das irregularidades apontadas pela Unidade Técnica, situadas dentre as 21 (vinte uma) denunciadas, anoto que:

1. Entendo que é cabível a exigência de alvará de localização e funcionamento, como documento de habilitação do licitante. A propósito, o colegiado da Primeira Câmara tem admitido a exigência do mencionado documento para fins de habilitação. Nesse sentido cito a decisão proferida na denúncia n. 924098, conforme ementa a seguir transcrita.

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS DE AR, PROTETORES DE PNEUS E SERVIÇOS DE RECAPAGEM DE PNEUS USADOS. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA SOBRE A DATA DE FABRICAÇÃO DE PNEUS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. **REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. RECOMENDAÇÕES.**

[...].

4) O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o

sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento.

5) Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-se que, para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante.⁷

2. Em relação à ausência de notificação para rescisão contratual, entendo que a cláusula do item V, XIV do edital, fl. 19, não compromete, restringe ou frustra o caráter competitivo da licitação. Ademais, pondero que a preponderância da Lei n. 8.666, de 1993, e do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal em face do contrato é suficiente para afastar a aplicabilidade da indicada cláusula, motivo pelo qual avalio que uma recomendação dirigida aos responsáveis, no sentido de notificar previamente o contratado, assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório no caso de se verificar atraso na prestação do serviço em prazo superior a 48:00 horas, mesmo no caso de reincidência, como prevê o ato convocatório, bastaria para assegurar a efetividade da ação de controle desta Corte.

3. Tenho entendido que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e global deve constar da fase interna do procedimento licitatório e não como anexo do edital, como avalia a Unidade Técnica. De mais a mais, verifico às fls. 24/27 que a Administração inseriu no Anexo I do ato convocatório o preço máximo aceitável, de modo que esta informação pode nortear os licitantes na formação do preço e na concepção de uma proposta firme, séria e consistente no certame, sem prejuízo deles recorrerem à Administração, em legítimo exercício do direito de petição assegurado na Constituição da República, para ter acesso à fase interna do procedimento licitatório.

No que tange aos 2 (dois) apontamentos de irregularidades remanescentes, para os quais a Unidade Técnica sugere a baixa dos autos em diligência visando a remessa a esta Corte da íntegra do procedimento licitatório, entendo que o acolhimento desse encaminhamento é despciendo em face da matéria que será examinada.

Com efeito, a eventual falta de numeração e rubrica das páginas do edital demandaria de minha parte a emissão de recomendação aos responsáveis para não reincidir na falha.

No tocante à ausência do calendário escolar junto com o edital, o denunciante se limitou em apontar a omissão, não precisando qual seria o embasamento legal para exigí-lo em sede de licitações ou sua utilidade para fins de elaboração da proposta e participação na licitação. Avalio que esse calendário é desnecessário para os fins buscados no certame, especialmente se considerado que a unidade de medida adotada pela Administração para

⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Denúncia n. 924098. Relator: Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. Primeira Câmara. Sessão do dia 07/02/2017.

remunerar os futuros contratados é o quilômetro rodado, cuja estimativa foi revelada no edital às fls. 24/27. Registro, por fim, que em busca na rede mundial de computadores (internet) verifiquei que nenhum licitante foi eliminado da disputa em virtude da falta do calendário escolar junto ao edital. A conferir:

TRANSPORTE ESCOLAR: Em Bocaiuva, Transporte Escolar começa a rodar na Quarta-Feira.

[...].

Com a contestação do processo licitatório, a Prefeitura ficou impedida de realizar a contratação das empresas vencedoras e que por isso optou-se por contratar o serviço de forma temporária.

[...].

O início do ano letivo começa nesta Segunda-Feira (19/02) em todo o Estado de Minas Gerais, porém o Transporte Escolar em Bocaiuva só começará a rodar na próxima Quarta-Feira (21/02). Essa foi a informação passada pela Secretária de Educação do Município de Bocaiuva, Flavia Avelar, durante uma entrevista no Programa “Frente a Frente” pela Rádio Clube do último Sábado (17/02). Flavia iniciou sua participação no programa dando uma boa notícia ao afirmar que o Governo do Estado já havia pago as quatro das cinco parcelas atrasadas referentes ao recurso destinados ao serviço do Transporte Escolar nos municípios e que a quinta parcela já havia sido creditada estando disponível nesta Segunda-Feira. Recentemente a Prefeitura Municipal de Bocaiuva informou que a prestação do serviço de transporte de alunos para as escolas públicas da cidade ficariam suspensos até que o Governo quitasse a dívida que tinha com o Município neste setor.

Com o pagamento das parcelas atrasadas, o problema foi resolvido e o setor de licitação do Executivo abriu o processo licitatório para contratação das empresas que iriam realizar os serviços nas linhas do transporte. Mas, **segundo a Secretária Flavia Avelar, um dos concorrentes na licitação que havia apresentado documentação incompleta sendo impedido de participar do processo, contestou sua exclusão e com isso a licitação está paralisada até o parecer técnico.** Com a contestação, a Prefeitura ficou impedida de realizar a contratação das empresas vencedoras da licitação e que por isso optou-se por suspender o processo licitatório para a contratação de serviços temporários até que se supere todos os tramites burocráticos. Flavia esclareceu que, por este motivo, não houve tempo hábil para que as empresas contratadas temporariamente iniciassem os serviços nesta Segunda quando acontece o início do ano letivo, mas que já está tudo certo para que o transporte escolar esteja rodando normalmente na próxima Quarta-Feira.

Durante a entrevista, a Secretária aproveitou para enaltecer a sua equipe de trabalho frente a Pasta de Educação do Município que, segundo ela, conseguiu no ano de 2017 economizar quase um Milhão Reais oferecendo uma merenda escolar

de melhor qualidade e com uma demanda de 200 alunos a mais que o ano de 2016.⁸
(Grifou-se)

Ante o exposto, ao tempo em que manifesto meu entendimento de que não se justifica dar prosseguimento à ação de controle externo em relação ao Pregão Presencial n. 002/2018, encaminho os autos ao Ministério Público para emissão de parecer.

Em sua manifestação preliminar, o Ministério Público junto ao Tribunal anotou que a função de controle abrange os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de atos capazes de gerar receita ou despesa pública e com amparo nessa premissa validou 02 (duas) irregularidades apontadas pela Unidade Técnica, quais sejam, exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação da licitação e previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Como a Unidade Técnica, em seu reexame, havia sugerido a citação das responsáveis por edital e tendo em mira que as razões contidas na defesa apresentada extemporaneamente pela Sra. Ana Anjelica Perpétuo, Pregoeira e subscritora do edital, não modificaram minha convicção sobre a matéria denunciada, remeti os autos diretamente ao Órgão Ministerial, que na manifestação conclusiva de fls. 115/116 ratificou as irregularidades inicialmente apontadas nos seguintes termos:

No presente caso, verifica-se a existência de irregularidade na **exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação**, conforme se infere na leitura do subitem 2.6, item 02 do Título VIII do instrumento convocatório em testilha, tendo em vista que tal documento não se encontra descrito no rol dos artigos 27 a 31 da Lei federal nº 8.666/93, e nem no artigo 4º, inciso XIII, da Lei federal nº 10.520/2002.

Observa-se, assim, que a exigência de alvará de funcionamento deveria ter sido feita somente no momento da contratação do licitante a quem foi adjudicado o objeto, impondo-se o reconhecimento da irregularidade apontada.

Ademais, verificou-se vício na **previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado**, na hipótese de atraso superior a 48 horas na entrega dos serviços, conforme Subitem 4 do Título XIV – Sanções Administrativas.

Ora, tal previsão editalícia é inconstitucional e ilegal, pois, nesse caso, o Município deve instaurar o competente processo administrativo, em que seja formalmente motivado o caso de rescisão ou de não renovação do contrato, e assegurado o contraditório e a ampla defesa, sob pena de restar caracterizado desvio de finalidade ou de poder por parte da Administração.

De acordo com o art. 78, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93, é necessário que haja motivação em todos os casos de rescisão, bem assim o contraditório e a ampla defesa.

Sobre a matéria, transcreve-se a lição de Jessé Torres Pereira Júnior:

Caráter da norma. Geral, **indispensável que é a observância do direito fundamental inscrito no art. 5º, LV, da Constituição Federal**.

⁸ Disponível em: <<http://rsena.com.br/2018/02/19/transporte-escolar-em-bocaiuva-transporte-escolar-comeca-rodar-na-quarta-feira/>>. Acesso em 22 fev. 2018.

[...]

Ao outorgar, aos “acusados em geral”, em processo judicial ou administrativo, o direito à ampla defesa e ao contraditório, **a Constituição da República fixa a premissa, que é de lógica formal, de que haverá defesa onde houver acusação.** Isto porque a acusação imputa a alguém a prática de violação contra norma jurídica (legal, administrativa ou contratual) de que poderá resultar a imposição de penalidade ou a supressão de direito. [...] **tal ato, se expedido sem a audiência do contratado, poderia encobrir ilegalidade ou abuso que o parágrafo sob exame quer prevenir, ao determinar que haja motivação em todos os casos de rescisão, bem assim o contraditório e a ampla defesa.**

[...]

A possível supressão do direito à execução de contrato celebrado torna devida a proteção que se embute no exercício do contraditório. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 801-802). (Grifo nosso).

Desta feita, torna-se imprescindível que essa Corte de Contas não se exima das suas atribuições constitucionais. Ao contrário, que atue em todas as frentes asseguradas pelo ordenamento jurídico: pedagogicamente, preventivamente, repressivamente, a fim de desestimular a reiteração de práticas ilícitas de tal natureza, aplicando-se as sanções e recomendações cabíveis à espécie.

Exaurida a instrução do feito, não vislumbro motivos para alterar o juízo inaugural que formei acerca da presente ação de controle, isto é, de que a Denúncia n. 1.031.622 deve ser julgada parcialmente procedente, porém, sem aplicação de multa.

Nesse sentido, em reforço dos argumentos que teci ao tempo em que registrei minha visão de que não se justificava a continuação do feito no âmbito desta Corte, acrescento que em recentíssima decisão o Colegiado da Primeira Câmara assentou o entendimento de que a exigência de apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação não configura irregularidade. Refiro-me ao julgado proferido na Sessão do dia 21 de agosto de 2018 na Denúncia n. 986.744, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, excertos a seguir replicados:

2.4. Exigência de alvará municipal de localização e licença para funcionamento do estabelecimento

[...]

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, a saber:

“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”.
(destaquei)

Ademais, 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 entre os requisitos de habilitação. Nesse sentido a manifestação do Ministério Público na Denúncia n.º 944.779, na qual se tratou de objeto similar ao deste processo:

“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.

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. Isso posto, afastado a imputação de irregularidade examinada neste tópico.

Em igual sentido foram as decisões proferidas nos Recursos Ordinários n. 997.669 e n. 997.722, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, examinados na Sessão do Tribunal Pleno do dia 04 de outubro de 2017, e na Denúncia n. 932.541, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, apreciada na Sessão da Primeira Câmara do dia 28 de novembro de 2017.

No que tange à previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado, é forçoso concluir que cláusula editalícia nesse sentido colide frontalmente com os primados do contraditório e a ampla defesa.

No entanto, conforme já havia outrora obtemperado, o edital da licitação, como ato administrativo que é, queda-se manietado em face da preponderância da Lei n. 8.666, de 1993, e do inciso LV do art. 5º da Constituição da República, bastando ao contratado, em se configurando no mundo dos fatos a hipótese de sobrevir o ato de rescisão da avença sem sua prévia notificação, invocar a proteção legal e constitucional para se opor ao império da Administração.

De todo modo, sabendo dos proveitos que uma ação pedagógica pode causar no âmbito da Administração, convém a esta relatoria, com o intuito de conferir efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dirigir recomendação às responsáveis para que insiram nos editais de licitação cláusula que preveja a notificação prévia do contratado no caso de rescisão unilateral do contrato.

III – VOTO

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente a Denúncia n. 1.031.622 e considero irregular a cláusula editalícia do Pregão Presencial n. 002/2018 que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Deixo, no entanto, de aplicar multa às responsáveis por entender que uma ação pedagógica no caso em exame é suficiente para garantir a efetividade da missão constitucional de fiscalização confiada a este Tribunal.

Nesse sentido, determino que seja dada ciência desta decisão às responsáveis, as quais apresento recomendação para que insiram nos editais de licitação cláusula que preveja a notificação prévia do contratado no caso de rescisão unilateral do contrato de modo a conferir densidade aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Intimem-se as responsáveis desta decisão, por via postal e DOC.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos com fundamento no inciso I do art. 176 da Resolução n. 12, de 2008.

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)** não acolher a preliminar de nulidade arguida pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal e considerar válidos os atos de citação das Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar Almeida, respectivamente, Prefeita Municipal de Bocaiuva e Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva; **II)** julgar, no mérito, parcialmente procedente a Denúncia n. 1.031.622 e considerar irregular a cláusula editalícia do Pregão Presencial n. 002/2018 que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado; **III)** deixar de aplicar multa às responsáveis por entender que uma ação pedagógica no caso em exame é suficiente para

garantir a efetividade da missão constitucional de fiscalização confiada a este Tribunal; **IV)** determinar que seja dada ciência desta decisão às responsáveis, e recomendar para que insiram nos editais de licitação cláusula que preveja a notificação prévia do contratado no caso de rescisão unilateral do contrato de modo a conferir densidade aos princípios do contraditório e da ampla defesa; **V)** determinar a intimação das responsáveis desta decisão, por via postal e DOC; **V)** determinar o arquivamento dos autos com fundamento no inciso I do art. 176 da Resolução n. 12, de 2008, cumpridas as disposições regimentais.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 25 de setembro de 2018.

MAURI TORRES

Presidente

Relator

(assinado eletronicamente)

jc/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**