

## **DENÚNCIA N. 1012173**

**Denunciante:** Emanuelle Beatriz Silva Carvalho  
**Jurisdicionado:** Município de Tapira  
**Responsáveis:** Bruno Thiago dos Reis Silva e Liliane Machado da Costa Venâncio  
**Procuradores:** Edsonina Aparecida de Carvalho – OAB/MG 41836 e OAB/SP 362640, Patrick Mariano Fonseca Cardoso – OAB/MG 143314, Ricardo Rafael Garcia de Carvalho – OAB/MG 143829, Rauã Moura Melo Silva – OAB/MG 180663, Amanda Correa Fernandes – OAB/MG 167317, Rodrigo Ribeiro Pereira – OAB/MG 83032  
**MPTC:** Maria Cecília Borges  
**RELATOR:** CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

### **EMENTA**

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. MÉRITO. ACEITAÇÃO DE RECURSO FORA DO MOMENTO OPORTUNO. PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIOS. INSUFICIÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ E DE OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. IRREGULARIDADE. INVERSÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA NA JUNTADA DA DOCUMENTAÇÃO NO PROCESSO LICITATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA DENÚNCIA. RECOMENDAÇÃO AOS RESPONSÁVEIS. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva interposta pela Prefeita Municipal uma vez que participou do procedimento licitatório, devendo a gestora ser mantida no polo passivo da demanda para que, em observância ao contraditório e à ampla defesa, sejam apreciadas pelo Tribunal suas alegações defensivas, de maneira a aferir ou não, na análise meritória, suas responsabilidades no caso concreto.
2. Acerca da aceitação do recurso em momento inoportuno para a sua interposição, cumpre destacar que não houve pedido formal de impugnação feito pela denunciante e aceito pela administração, motivo pelo qual é improcedente tal argumento.
3. A vedação injustificada à participação de empresas organizadas por meio de consórcios não configura irregularidade, uma vez que o art. 33 da Lei nº 8.666/93 estabelece que a justificativa apenas deve ser apresentada quando da autorização da participação de empresas consorciadas.
4. Nos termos do entendimento firmado pelo Tribunal, é insuficiente o termo de referência em que não consta o orçamento estimado em planilhas dos custos unitários dos serviços licitados, conforme estabelecido pelo inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93.
5. A aplicação de multa pelo Tribunal prescinde de comprovação da existência de dolo, má-fé ou prejuízo ao erário.
6. A exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva, uma vez que esta não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei nº 10.520/02, afastando a participação de potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação.

7. Deixa-se de aplicar multa aos responsáveis quanto à inversão da ordem cronológica na juntada da documentação no processo licitatório, dada a ausência de prejuízos ao certame, recomendando-lhes que não repitam as falhas em procedimentos licitatórios futuros.

## **NOTAS TAQUIGRÁFICAS**

**13ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 02/05/2019**

**CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:**

### **I – RELATÓRIO**

Tratam os autos de denúncia formulada pela Senhora Emanuelle Beatriz Silva Carvalho, neste ato representada por seus procuradores, os Senhores Edsonina Aparecida de Carvalho, OAB/MG 41.836 e Ricardo Rafael Garcia de Carvalho, OAB/MG 143.829, em que relatam a ocorrência de irregularidades na condução do Processo de Compra nº 60/17, Pregão Presencial nº 29/17, promovido pelo Município de Tapira, cujo objeto consiste no registro de preços para aquisição de materiais de construção, pré-moldados, materiais de pintura e correlatos a serem utilizados no atendimento das ações diárias de diversas secretarias, por um período de 12 (doze) meses.

Alegou a denunciante que a Administração não observou a legislação no que diz respeito ao momento correto para interposição de recurso, tendo permitido a manifestação da empresa licitante E5X Materiais de Construção Ltda., pertencente à própria denunciante, antes do término da sessão, ocorrida em 20/04/17 e também após o seu encerramento, o que de acordo com a denúncia, caracterizaria ilegalidade e, por conseguinte, ensejaria a anulação do procedimento. Ademais, informou que, em 11/05/17, durante a sessão de homologação e contratação, foi aceito novo recurso interposto pela licitante EX5 Materiais de Construção Ltda. Por fim, requereu a suspensão liminar do Processo nº 60/17, até o julgamento final desta denúncia, bem como pugnou pelo reconhecimento da nulidade de todos os atos licitatórios, devendo ser designada nova data para a sessão de Abertura e Julgamento das Propostas, visando o prosseguimento da licitação.

A documentação foi recebida como denúncia em 23/05/17 (fl. 46).

A 4ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios procedeu à análise dos apontamentos às fls. 430/438, entendendo que as alegações da denunciante acerca da aceitação do recurso, fora do momento oportuno, não merecem prosperar. No entanto, ao analisar o referido processo licitatório, considerou irregulares a elaboração do termo de referência, em face da ausência de requisitos mínimos necessários à definição do objeto, a vedação da participação de empresas em consórcios, a exigência de alvará de localização e funcionamento e a inversão da ordem cronológica quando da juntada da documentação licitatória.

Em manifestação preliminar, o Ministério Público de Contas requereu a citação dos responsáveis (fl. 439).

À fl. 440, foi determinada a citação dos Senhores Bruno Thiago dos Reis Silva e Liliane Machado Costa Venâncio, Pregoeiro e Prefeita Municipal de Tapira, respectivamente.

A defesa conjunta foi apresentada às fls. 445/455, acompanhada dos documentos de fls. 456/498, alegando, em sede de preliminar, a ausência de responsabilidade da denunciada, Senhora Liliane Machado Costa Venâncio, Prefeita Municipal, com o argumento de que, não possui ela responsabilidade quanto às irregularidades praticadas nos atos administrativos de confecção do edital, tampouco nas fases internas do certame, fundamentando sua tese no art.

12 da Lei nº 9.784/99. No mérito, contestou a insuficiência do Termo de Referência, aduzindo tratar-se de erro meramente formal, incapaz de prejudicar o procedimento licitatório. Destacou ainda, quanto à vedação da participação de empresas organizadas em consórcio, a decisão proferida nos autos do Processo nº 944.592, que afirma ser discricionária a decisão da administração relativa a essa determinação. Ademais, alegou que a exigência de alvará de localização e funcionamento encontra fundamento na decisão prolatada no Processo nº 924.098, a qual considerou regular tal requisito editalício. Por fim, afirmou que não há que se falar em irregularidade quanto à desobediência à ordem cronológica na juntada da documentação licitatória.

Em sede de reexame (fls. 502/515), a Unidade Técnica entendeu que foram sanadas as irregularidades relativas à vedação à participação de empresas em consórcios e à exigência de alvará de localização e funcionamento, entretanto, reconheceu como prevaletentes as demais irregularidades reconhecidas no estudo anterior e no parecer ministerial, o *Parquet* de Contas ratificou a conclusão do Órgão Técnico, opinando pela procedência parcial dos apontamentos objeto da presente denúncia.

Em 18/02/19, os autos foram a mim redistribuídos, com fundamento no art. 115 do Regimento Interno (fl. 518).

É o relatório, no essencial.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### Preliminar processual – ilegitimidade passiva

Preliminarmente, a Senhora Liliane Machado Costa Venâncio, Prefeita Municipal à época, argumentou em sua defesa a ausência de responsabilidade quanto às irregularidades praticadas nos atos administrativos de confecção do edital, bem como nas fases internas do certame, as quais foram apontadas pela Unidade Técnica no relatório de fls. 430/445. A defendente sustentou, ainda, que, na qualidade de Chefe do Executivo Municipal, não possui domínio, tampouco meios para controlar todo e qualquer ato dos processos relativos ao regular funcionamento da administração municipal. Ademais, frisou que, para controlar tais feitos, existem servidores delegados e efetivamente responsáveis pelos atos formais que praticam e que, portanto, não é legitimada para a composição do polo passivo do processo.

Ao final, a defendente recorreu às disposições contidas no art. 12 da Lei nº 9.784/99, a saber:

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, **delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.** (Grifo nosso)

A Unidade Técnica (fls. 505/506) e o *Parquet* de Contas (fl. 516v) opinaram pela improcedência da alegação defensiva.

Compulsando os autos, verifico que a preliminar de ilegitimidade deve ser afastada, uma vez que a responsabilidade pelas irregularidades deverá ser aferida na análise de mérito, e não em questão preliminar. Neste momento, o que se verifica é a existência dos pressupostos que legitimam a presença dos responsáveis no polo passivo da demanda.

Além disso, assinatura do ato de homologação do procedimento pela ex-prefeita (fl. 391) não é capaz de ocasionar, aprioristicamente, sua responsabilidade por qualquer irregularidade, sobretudo quando o ato é praticado após a emissão de parecer jurídico favorável, como é o caso dos autos. Salienta-se que a Unidade Técnica do Tribunal de Contas da União – TCU, no Processo nº 004.278/1998-4, julgado pela Primeira Câmara daquele tribunal, consignou que:

O posicionamento desta Corte admite que não é pertinente a responsabilização de administrador que age sob o entendimento de parecer jurídico. Entretanto, para tal posicionamento, devem ser examinadas as circunstâncias de cada caso, para verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (Acórdãos nos 374/99-TCU-1a Câmara, in Ata no 36/99; 451/2000-TCU-1a Câmara, in Ata no 36/2000; 475/2001-TCU-1a Câmara, in Ata no 27/2001; Decisões nos 289/96 - Plenário - TCU, in Ata no 19/96; 728/98 - Plenário - TCU, in Ata no 43/98; 074/97 - Plenário - TCU, in Ata no 06/97; e 240/2001-TCU-1a Câmara, in Ata no 27/2001).

A presunção é relativa pois poderá ser elidida por meio dos elementos de prova trazidos aos autos, que poderão atestar que, embora o agente tenha participado de algum modo do procedimento licitatório, ele não concorreu, ainda que de forma culposa, para a formação da irregularidade. Em uma outra hipótese, a presunção poderá se confirmar, caso seja aferido algum outro elemento caracterizador da responsabilidade do agente.

De todo modo, uma vez que a prefeita participou do procedimento licitatório, essa deve ser mantida no polo passivo da demanda para que, em observância ao contraditório e à ampla defesa, sejam apreciadas pelo Tribunal suas alegações defensivas, de maneira a aferir ou não, na análise meritória, suas responsabilidades no caso concreto. Por conseguinte, não há que se falar em ilegitimidade passiva.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Também.

ACOLHIDA A PRELIMINAR PROCESSUAL.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

#### **Mérito**

Versa a denúncia sobre a ocorrência de irregularidades na condução do Processo de Compra nº 60/17, Pregão Presencial nº 29/17, promovido pelo Município de Tapira. A alegação da denunciante consistiu na suposta aceitação, por parte da Administração, de manifestações recursais da empresa licitante E5X Materiais de Construção Ltda., representada pela denunciante, em diversos momentos, a saber: antes do término da sessão, ocorrida em 20/04/17, após o seu encerramento, e ainda durante a sessão de homologação e contratação, em 11/05/17.

Além disso, a Unidade Técnica e o Ministério Público de Contas constataram no edital do pregão em comento a insuficiência de termo de referência, a existência de vedação à participação de empresas em consórcios, a exigência de alvará de localização e funcionamento e, ainda, a desobediência à ordem cronológica na juntada da documentação no processo licitatório.

Diante disso, faz-se necessário, então, analisar particularmente cada irregularidade.

#### **a) Aceitação de recurso fora do momento previsto na legislação**

A denunciante argumentou que a empresa E5X Materiais de Construção Ltda. manifestou intenção de impetração de recurso, no decorrer da sessão do Pregão Presencial nº 29/17, a

qual foi aceita pela Administração, configurando ilegalidade. Ademais, noticiou que, ao final da mesma sessão, foi recebido o pedido de recurso da referida empresa, momento oportuno para tal, segundo a Lei nº 10.520/02 e que, no dia 11/05/17, data da sessão de homologação e contratação das empresas vencedoras, foi novamente aceito recurso interposto pela licitante EX5 Materiais de Construção Ltda., caracterizando infração à legislação, uma vez que foram admitidos dois recursos, sendo o primeiro permitido em momento inadequado.

Apresentou cópias das Atas de Abertura e Julgamento das Propostas e das Habilitações, bem como do Edital do Pregão Presencial nº 29/17 (fls. 07/42).

A Unidade Técnica entendeu que as alegações da denunciante não procedem, vez que os atos registrados na Ata de Abertura e Julgamento das Propostas, datada de 20/04/17, fls. 07/09, demonstraram que a situação se encontra albergada pelo disposto no inciso XIX do art. 11 do Decreto Municipal de Tapira nº 15/17. Ademais, concluiu que, conforme Ata de Abertura e Julgamento das Habilitações, datada de 11/05/17, fls. 10/11, não houve aceitação de novo recurso pelo pregoeiro, haja vista que a denunciante pretendeu rediscutir fatos já julgados, se tratando de embargos de declaração.

Compulsando os autos, observa-se que a Ata de Abertura e Julgamento das Propostas é clara ao registrar que a representante legal da empresa, E5X Materiais de Construção Ltda., ora denunciante, antes do término da sessão, haveria informado que teria dúvidas com relação ao credenciamento de outra empresa licitante, não registrando, porém, impugnação ao credenciamento de tal empresa.

Neste tema, registra-se que a apresentação de recurso na modalidade de pregão é regulamentada pelo art. 4º, incisos XVIII a XXI da Lei nº 10.520/02, estabelecendo as regras e o procedimento necessário, a saber:

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

**XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer**, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

**XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;**

**XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso** e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

**XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor. (Grifo nosso)**

(...)

A leitura da norma indica que após ser declarado um vencedor, qualquer das empresas interessadas podem manifestar a intenção de recorrer, sendo dado o prazo de 3 (três) para apresentação das razões recursais.

No que tange à indagação da denunciante, acerca do momento inoportuno para a interposição de recurso, cumpre destacar que não se configurou como manifestação formal de impugnação aceita pela administração, motivo pelo qual é improcedente o argumento. No caso em apreço, a própria denunciante, no exercício do seu direito, declarou sua intenção de interpor recurso, após terem sido declarados os vencedores do certame, no que foi concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação dessas razões, em conformidade com o inciso XVIII do art. 4º da Lei nº 10.520/02 (fl. 08).

Quanto à alegação de aceitação de dois recursos pela administração, têm-se que não assiste razão a denunciante, pois, conforme destacado pela Unidade Técnica, o segundo recurso interposto por ela apresentou feições de embargos de declaração<sup>1</sup>, que não foi conhecido pelo pregoeiro, em virtude de pretender rediscutir fatos já julgados, em desconformidade com o ordenamento legal.

Nessas circunstâncias, entendo que é improcedente a alegação da denunciante, uma vez que não houve aceitação de recurso em momento inadequado, por parte da Administração, tampouco inobservância da legislação pertinente, uma vez que o segundo recurso apresentado não foi conhecido pelo pregoeiro, sendo acertada a sua inadmissibilidade, diante da pretensão de rediscutir fatos já julgados na decisão do primeiro recurso.

**b) Insuficiência de termo de referência e exigência de alvará de localização e funcionamento.**

Inicialmente, cumpre destacar que a Unidade Técnica informou que não constou do termo de referência o orçamento estimado em planilhas dos custos unitários dos serviços licitados, em afronta ao disposto no art. 8º, II do Decreto Municipal de Tapira 15/17 (fls. 415/429).

Reconhecem os responsáveis que a irregularidade concernente à insuficiência do termo de referência, apontada pelo Órgão Técnico, de fato existiu, ao relatarem que “*a insuficiência dos dados que devem constar no Termo de Referência não transgrediu as diretrizes implícitas nos princípios que regem a licitação*”. Aduzem, também, que todos os requisitos essenciais ao mencionado termo e previstos em lei estão presentes no corpo do edital e seus anexos, motivo pelo qual o processo foi concluído sem nenhuma objeção das empresas quanto a este ponto. Por fim, a defesa alegou a “ausência de indícios de má-fé” ou “ocorrência de prejuízo ao certame” decorrentes da insuficiência de termo de referência, requerendo uma sanção menos gravosa, qual seja a recomendação ao responsável e ao gestor (fls. 448/450).

O Órgão Técnico, no entanto, considerando que os argumentos articulados pela defesa reconhecem a existência da irregularidade apontada, concluiu pela improcedência das alegações dos defendentes (fls. 505v/506v).

A questão da obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, como anexo do edital, sempre foi objeto de divergência na doutrina e na jurisprudência.

A própria jurisprudência do TCU, que variou entre uma e outra corrente, culminou, recentemente por se modificar, passando a adotar como base o Acórdão nº 114/2007-P, segundo o qual, na modalidade pregão, a anexação do orçamento ao edital não é obrigatória, bastando a sua inclusão no respectivo procedimento administrativo, uma vez que a Lei nº 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária.

Acompanhando o posicionamento do TCU, esse Tribunal de Contas, no julgamento do Recurso Ordinário 887.858, deliberado na sessão Plenária de 27/08/14, manifestou-se pela discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão, entendendo necessária apenas a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados, na fase interna do procedimento licitatório.

---

<sup>1</sup> Os Embargos de Declaração são definidos por Humberto Theodoro Junior, como: “*Recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado.*”

Nesse cenário, apesar de não estar plenamente convencido de que a discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão seja o entendimento mais adequado, curvo-me ao entendimento do Pleno e passo a deixar de considerar ilegal a ausência de anexação ao edital do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, quando esse estiver presente na fase interna do procedimento licitatório.

Compulsando os autos, verifiquei que o orçamento estimado em planilha de preços unitários, foi elaborado na fase interna do certame e juntado às fls. 87/104. Assim, conforme entendimento do Pleno, considero regular a ausência de anexação do referido orçamento ao ato convocatório, restando desconfigurada a irregularidade de insuficiência do termo de referência.

A Unidade Técnica, apontou, ainda, a existência de irregularidade no item 10.4.1 do edital, acerca da exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação dos licitantes (fl. 19), afirmando que tal requisito não encontra amparo nos arts. 27 a 31 da Lei de Licitações, o qual estabelece quais documentos podem ser exigidos dos interessados em participar de certame promovido pelo Poder Público.

Todavia, a defesa afirmou que a exigência de alvará de funcionamento é medida expressamente autorizada na disposição prevista no inciso V do art. 28 da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

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.** (Grifamos)

Ademais, destacou a decisão proferida por esta Corte de Contas nos autos da Denúncia nº 924.098, em que se julgou regular a exigência de alvará de funcionamento por constituir mera falha formal ao ser apresentado como requisito de regularidade fiscal, ao invés de requisito de habilitação jurídica.

A Unidade Técnica, em nova análise, à fl. 512v, admitiu o entendimento firmado a partir da decisão utilizada pela defendente, de que a irregularidade apontada se caracteriza apenas como falha formal, sem prejuízo para o certame, reconhecendo ser aplicável ao caso em tela.

Compulsando os autos, verifica-se que a exigência de alvará de funcionamento constar dos documentos de qualificação técnica, ao invés de requisito de habilitação jurídica, trata-se falha formal, não havendo nos autos elementos que denotem que a falha trouxe prejuízos ao certame. No entanto, constato que o objeto licitado no Pregão Presencial nº 29/17 é a aquisição de materiais de construção e similares para serem utilizados em atendimento às necessidades das diversas secretarias do município, o que não justifica a exigência de alvará de localização e funcionamento das empresas participantes, uma vez que não ficou demonstrada motivação para tanto, não podendo ser ela presumida.

No presente caso, a exigência de apresentação de alvará de localização funcionamento para fins de habilitação é por si só, excessiva, visto que não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei nº 10.520/02, afastando a participação de potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação.

A esse respeito, transcrevem-se algumas considerações de Joel de Menezes Niebuhr:

As exigências para habilitação não podem ser excessivas, desproporcionais ao objeto do futuro contrato, o que redundaria em afastamento artificioso e ilegal da licitação de pessoas e empresas efetivamente aptas a participarem dela, que poderiam oferecer

excelentes propostas e cumprir a contento os termos do contrato. Exigências de habilitação demasiadas e impertinentes

afetam os princípios da competitividade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>2</sup>.

Nesse contexto, considero irregular o referido item.

Ocorre que, conforme salientei na preliminar de ilegitimidade passiva, a responsabilidade do agente deve ser aferida no caso concreto, sendo que a participação no certame gera apenas uma presunção relativa de responsabilidade, que pode ser afastada ou confirmada de acordo com as circunstâncias constantes nos autos.

No caso dos autos, a prefeita participou do processo licitatório apenas em sua fase final, no ato de homologação do certame, em que atestou que o devido processo legal da licitação fora cumprido. Na situação em exame, as irregularidades apontadas na fase interna do pregão têm caráter eminentemente técnico, sendo que marcha procedimental definida na Lei 8.666/93 e na Lei 10.520/02 foram devidamente observadas. Ademais, a assessoria jurídica do município havia emitido parecer, à fl. 145, pela regularidade do edital do pregão, gerando legítima expectativa da regularidade do certame a fundamentar a homologação pela prefeita.

Salienta-se que art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro preconiza que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. No caso dos autos, não há que se falar nem em dolo da prefeita, vez que as irregularidades não derivaram de ato por ela praticado, nem de erro grosseiro, vez que agiu amparada em parecer jurídico, bem como em razão natureza técnica das irregularidades apontadas.

Ante este cenário, não seria arrazoado imputar a responsabilidade à prefeita pelas irregularidades apontadas, o que, por conseguinte, deve afastar a aplicação da multa àquela agente.

Em relação ao pregoeiro, entretanto, a situação é distinta, uma vez que este, além de ser o responsável pela condução do certame, foi o signatário do edital do pregão, devendo, portanto, ser responsabilizado pela irregularidade em exame.

### **c) Proibição de participação de empresas em consórcios**

Outro ponto levantado pela Unidade Técnica diz respeito à inexistência de justificativa no edital para a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, conforme consta no subitem 3.2.1 do instrumento convocatório (fl. 115).

A respeito desse apontamento, os responsáveis alegaram que tal vedação não acarretou qualquer prejuízo ao certame, e pelo contrário, argumentaram que a exigência poderia contribuir para ampliar a competitividade, evitando que as empresas se unissem e fornecessem preço único aos objetos licitados (fls. 450/451). Ao final, a defendente destacou entendimento recente desta Corte de Contas, na decisão proferida nos autos do Processo nº 944.592:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PEÇAS AUTOMOTIVAS, COMPONENTES, ACESSÓRIOS E SERVIÇOS MECÂNICOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA PARA A FROTA MUNICIPAL. ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIO GEOGRÁFICO ENTRE O

---

<sup>2</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico De Acordo com o Decreto nº 5.450/05. 3ed. Curitiba: Zênite

MUNICÍPIO E O LOCAL DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. PARCELAMENTO DO OBJETO AGLUTINANDO FORNECIMENTO DE PEÇAS E SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO. VEDAÇÃO DE SUBCONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO DE PREÇO MÁXIMO. **AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.**

1. O edital não limitou a localização geográfica da sede do licitante, mas tão somente o local da prestação dos serviços de manutenção, visando a um menor ônus a ser suportado pela Administração municipal, priorizando a relação custo-benefício, o que não constitui irregularidade.

2. A licitação objetiva a contratação mais vantajosa para a Administração, levando-se em conta quaisquer circunstâncias que se relacione com a maior otimização na gestão dos recursos públicos, sendo possível, in casu, o fornecimento de peças e serviços de manutenção em mesmo lote.

3. Compete à Administração verificar, em cada caso, a permissão de subcontratação do fornecimento ou serviço, devendo, se entender necessária, prevê-la expressamente no edital.

4. No pregão, a interpretação do inciso X, do art. 40, da Lei nº 8.666/93 c/c a Súmula TCU nº 259/2010 conduz ao entendimento de que, para outros objetos que não obras e serviços de engenharia, a fixação do preço máximo é facultativa, cabendo à Administração a conveniência de fixá-lo ou não no instrumento convocatório.

**5. A decisão da Administração quanto à vedação para participação de empresas em consórcio nos certames é discricionária, mas deverá ser justificada quando o objeto for de alta complexidade e grande vulto.**<sup>3</sup>

Em sede de reexame, a Unidade Técnica afastou o apontamento suscitado, sob o argumento de que a escolha pela participação ou não de empresas consorciadas em licitações deve ser justificada quando o objeto for de alta complexidade e elevado vulto, o que não se verifica no caso em comento (fl. 508).

A respeito desse tema, esclareço, inicialmente, que, embora tenha adotado, no passado, o entendimento de que a vedação à participação de empresas organizadas sob a forma de consórcios em procedimentos licitatórios devesse ser justificada, as ponderações trazidas pelo conselheiro-substituto Hamilton Coelho nos autos da Denúncia nº 912.078, fizeram-me rever meu posicionamento.

É que a leitura do disposto no art. 33 da Lei 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas, *in verbis*:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

O conselheiro-substituto Hamilton Coelho, nos autos do referido processo, levado a julgamento na sessão de 17/05/16, apresentou manifestação no seguinte sentido:

O emprego, pelo legislador, da locução “quando permitida” evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

---

<sup>3</sup> Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 944592. Segunda Câmara. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Sessão de 24/08/17. Grifos adotados

É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição. Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos.

Diante disso, por considerar não ter havido infração à norma legal ou regulamentar, afasto o apontamento.

#### **d) Inversão da ordem cronológica na juntada da documentação no processo licitatório**

A Coordenadoria constatou, ainda, à fl. 510v do relatório, a inversão da ordem cronológica na juntada da documentação no processo licitatório, uma vez que, após a análise, verificou que os documentos não foram numerados da forma correta, especificamente quanto às convocações dos licitantes para assinatura da Ata de Registro de Preços, bem como a própria Ata de Registro de Preços, datadas de 23/05/17, juntadas ao presente processo, às fls. 392/396 e 397/402, enquanto que a Ata de Reunião e Julgamento das Propostas, datada de 20/04/17, encontra-se acostada às fls. 403/405.

O Ministério Público de Contas manifestou-se em consonância com a Unidade Técnica, entendendo pela procedência de tal apontamento e ainda pela aplicação de multa aos responsáveis, a teor do disposto no inciso II, do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.

A defesa apresentou precárias considerações acerca do apontamento, afirmando que “...conforme cópia complementar dos autos do procedimento licitatório em anexo, quando da remessa da primeira cópia ao Tribunal, o mesmo ainda estava em andamento e havia sido numerado até a página 345. Após o envio os autos foram compostos por mais 52 folhas/páginas, chegando até a página 397.” Por fim, alegou que da cópia do processo em anexo seria possível observar que a ordem cronológica fora devidamente respeitada.

De início, cumpre reproduzir o teor do *caput* do art. 38 da Lei Federal nº 8.666/93:

**Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado**, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente; (grifo nosso)

Nessa perspectiva, o descumprimento da ordem cronológica na juntada dos documentos no processo licitatório, especialmente quanto à documentação relativa à habilitação dos concorrentes e sua apreciação, está em desconformidade com o que determina o art. 38, *caput*, da Lei 8.666/93. No entanto, não há que se falar em aplicação de multa quanto a este apontamento, visto que se tratou de falha formal, não havendo nos autos elementos que demonstrem que a falha acarretou consequências ao desenvolvimento do processo licitatório.

### **III – CONCLUSÃO**

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia considerando irregular a exigência de alvará de localização e funcionamento no edital do Pregão Presencial nº 29/17, razão pela qual aplico ao Senhor Bruno Thiago dos Reis Silva, pregoeiro à época e subscritor do edital, multa, no valor de R\$1.000,00 (mil reais), com base no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica.

Diante da ausência de culpa ou erro grosseiro, afasto a responsabilidade da Senhora Liliane Machado Costa Venâncio, atual Prefeita Municipal, pela irregularidade apontada.

Intimem-se os responsáveis acerca do teor desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, II, do Regimento Interno.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Senhor Presidente, quanto à exigência indicada no subitem 10.4.1, alusiva à apresentação de “alvará de localização e funcionamento, expedido pelo Município sede da licitante”, na fase de habilitação dos licitantes (fl. 19), louvo-me na fundamentação do voto que proferi nos autos da Denúncia nº 1.007.661, na Sessão da Segunda Câmara de 14/12/2017, o qual foi aprovado por maioria.

Naquela assentada, foi ressaltado que, a despeito de o edital analisado ter fixado exigência de apresentação de alvará de localização e funcionamento, na fase de habilitação, estipulando, assim, documento estranho àqueles especificados na legislação de regência, 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.

Dessa forma, pela similitude das situações, 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.

No caso ora em exame, 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 funcionamento da atividade, 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 indevida, 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 e de acordo com a ata acostada às fls. 241 a 243, três licitantes participaram do certame.

Dessa forma, acompanho em parte o relator, porquanto deixo de fixar responsabilidade e, conseqüentemente, de sancionar os responsáveis pela condução do certame em exame, mas recomendo à Administração Municipal que se abstenha, nos futuros editais de licitação, de exigir a apresentação de alvará de localização e funcionamento, como condição para habilitação.

É como voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência acompanha o Relator.

APROVADO O VOTO DO RELATOR; VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Relator, em sede de preliminar, por unanimidade, em não reconhecer a ilegitimidade passiva da Senhora Liliane Machado da Costa Venâncio, em observância ao contraditório e a ampla defesa; e, no mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente a denúncia, considerar irregular a exigência de alvará de localização e funcionamento no edital do Pregão Presencial n. 29/17, e aplicar multa ao Senhor Bruno Thiago dos Reis Silva, pregoeiro à época e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais), com base no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica. Afastam a responsabilidade da Senhora Liliane Machado Costa Venâncio, atual Prefeita Municipal, pelas irregularidades apontadas, diante da ausência de culpa ou erro grosseiro. Intimem-se os responsáveis acerca do teor desta decisão, nos termos do art. 166, § 1º, II, do Regimento Interno. Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos. Vencido, em parte, no mérito, o Conselheiro Gilberto Diniz.

Plenário Governador Milton Campos, 02 de maio de 2019.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO  
Relator

(assinado digitalmente)

ahw/fg

### **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