

DENÚNCIA N. 958973

Denunciante: Vanderleia Silva Melo
Denunciada: Prefeitura Municipal de Pedra Dourada
Partes: Eunice Araújo Moreira Soares, Juliana Medeiros Janeti Soares
Procuradora: Renata Galinari Moisés, OAB/MG 154.436
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS DE AR, PROTETORES NOVOS E REFORMA DE PNEUS. LOCALIZAÇÃO GEOGRÁFICA 80 KM. PRAZO DE 3 DIAS PARA ENTREGA DE PNEUS E SERVIÇOS DE REFORMA. AUSÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA COMO ANEXO DO EDITAL. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS COMO ANEXO DO EDITAL. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DOS AUTOS, COM JULGAMENTO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. Em consonância com o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, é legítima a adoção de cláusula discriminatória desde que mantenha pertinência e relevância para a seleção da proposta mais vantajosa. As exigências realizadas pela Administração Pública deverão se mostrar essenciais e indispensáveis para a execução satisfatória do objeto contratado.

2. A estipulação de prazo de 3 (três) dias para a entrega de pneus e serviços de reforma é razoável, por se tratar da aquisição de bens essenciais à atividade administrativa dos entes públicos que necessitam, muitas vezes, de urgência para prover ambulâncias, veículos de transporte escolar, máquinas, caminhões, carros oficiais, etc., sem os quais restaria inviabilizada a sua atividade local.

3. Aos municípios cabe a observância da Lei n. 10.520/02, que tem aplicação cogente a todos os entes da federação, diploma específico para a modalidade licitatória de pregão, que não disciplinou a elaboração do documento termo de referência, tampouco sua divulgação como anexo do instrumento convocatório, ou sua obrigatoriedade de ser juntado aos autos na fase interna. No entanto, exige-se que os autos do processo licitatório devem estar devidamente instruídos na forma prevista no art. 3º da Lei n. 10.520/02, que dispôs acerca dos procedimentos a serem observados, bem como os documentos imprescindíveis à fase preparatória do pregão.

4. A planilha de quantitativos e preços unitários não constitui anexo obrigatório para procedimento licitatório na modalidade de pregão, pois o inciso III do art. 3º da Lei n. 10.520/02 exige que na fase preparatória do pregão conste dos autos o orçamento estimado da contratação, não se aplicando, subsidiariamente, a Lei n. 8.666/93.

Segunda Câmara
38ª Sessão Ordinária – 18/12/2019

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia apresentada por Vanderleia Silva Melo, em face do edital do procedimento licitatório referente ao Processo Licitatório 075/2015 – Pregão Presencial n. 039/2015, promovido pela Prefeitura Municipal de Pedra Dourada, objetivando “a contratação de empresa aquisição de Pneus, Câmaras de Ar, Protetores novos e reforma de pneus, para manutenção da frota de veículos municipais.” [sic], conforme cópia do edital à fl. 22.

Protocolizada nesta Casa em 11/09/2015, a denúncia de fls. 1/8 veio instruída com a documentação de fls. 9/20, entre elas o instrumento convocatório, fls. 22/41.

Autuada em cumprimento ao despacho do Conselheiro-Presidente à fl. 43, foi a denúncia distribuída à minha relatoria em 16/09/2015 (fl. 44), tendo ocorrido a sessão do Pregão em 15/09/2015.

Aduziu o denunciante, em síntese, que há ocorrências que constituem, atos contrários e atentatórios aos princípios da Administração Pública, como também à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, contudo não constou da denúncia pedido de suspensão liminar do certame.

À fl. 45, encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação para a competente análise que manifestou pela intimação das Senhoras Eunice Araújo Moreira Soares, Prefeita Municipal e Juliana Medeiros Janeti Soares, Pregoeira e subscritora do edital, para apresentarem justificativas quanto aos apontamentos levantados no relatório técnico (fls. 46/48).

Encaminhei os autos para a devida manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fl. 50).

Em manifestação preliminar de fls. 51/52, o *Parquet*, ratificou o exame técnico e opinou pela citação dos responsáveis, para que apresentassem as alegações pertinentes acerca dos apontamentos realizados, nos termos regimentais.

Devidamente citadas, a Sra. Eunice Araújo Moreira Soares, Prefeita Municipal e a Sra. Juliana Medeiros Janeti Soares, Pregoeira e subscritora do edital, manifestaram às fls. 61/293 e 294/524, encaminhando cópia dos documentos referente às fases interna e externa do Processo Licitatório 075/2015 – Pregão Presencial n. 039/2015.

A Sra. Eunice Araújo Moreira Soares, Prefeita Municipal, apresentou às fls. 529/541, defesa acompanhada de documentos e de acordo com a certidão expedida pela Secretaria da Segunda Câmara, às fls. 542, a Sra. Juliana Medeiros Janeti Soares, Pregoeira e subscritora do edital, não se manifestou no prazo determinado, ainda que regularmente citada.

Em reexame (fls. 543/551), após a análise do edital de Pregão Presencial 039/2015, e das razões e documentos constantes dos autos, em face da denúncia e dos apontamentos de fls. 46/48v, entendeu a Unidade Técnica que o edital possui a irregularidade pela “ausência do termo de referência como anexo do edital”, tendo como responsáveis as Senhoras Eunice Araújo Moreira Soares, Prefeita Municipal e subscritora do Termo de Homologação, fl. 473, e Juliana Medeiros Janeti Soares, Pregoeira e subscritora do edital, fls. 21/31.

Encaminhados os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fl. 552) para manifestação conclusiva, juntou parecer (fls. 554/556) pela procedência da denúncia e pela aplicação de multa aos responsáveis, diante da constatação da ausência do termo de referência no certame em questão.

É o relatório, em síntese.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo à análise das irregularidades apontadas na denúncia, considerando a documentação acostada, a manifestação da Unidade Técnica e o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

II.1 - Exigência de que a empresa vencedora estabelecia a uma distância máxima de 80 km da Prefeitura Municipal de Pedra Dourada:

A denunciante apontou, às fls. 01/06, como restritivas quaisquer cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, e ainda:

(...)

A exigência de que a empresa vencedora tenha sede em uma distância de no máximo 80 quilômetros da Prefeitura Municipal de Pedra Dourada é simplesmente discriminação fundada em questão de localização geográfica, pois só poderá participar do certame a empresa que estiver localizada nas delimitações apresentadas no edital, sendo impossível para uma empresa que se localiza a mais da referida exigência geográfica poder participar do procedimento licitatório.

A Municipalidade ao impor qualquer critério deve ser coerente com o objeto em questão, e por isso não é válida a adoção excessiva ou abusiva de um critério geográfico, pois ao fazer essa exigência, a Municipalidade explicitamente está beneficiando os participantes que residem na circunferência delimitada pelo órgão licitador, ferindo o inciso I do artigo 3º da lei 8.666/93.

(...) (grifos no original)

Em análise a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, considerou, em princípio, que a exigência do item 6.1.4 do edital não se mostra razoável, podendo restringir indevidamente a ampla participação no certame, podendo os responsáveis serem intimados para apresentarem justificativa técnica para a exigência (fl. 46v).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ratificou o entendimento da CFEL (fl. 51v).

Intimados os responsáveis para apresentação da documentação relativa às fases interna e externa do certame, bem como contrato celebrado, e citados para apresentação de defesa, somente a Sra. Eunice Araújo Moreira Soares, Prefeita do Município, juntou documentos às fls. 530/533, afirmando em suas razões de defesa que, no presente caso a questão geográfica apresenta relevância sobre o objeto da prestação a ser executada, e acrescentou:

Há que se considerar que o deslocamento do veículo para locais distantes importa consumo de combustível e tempo. Desta forma também a prestação de serviços de reforma, impõe deslocamento da empresa (mais tempo e custo) pelo que a localização da prestadora de serviço para reforma de pneus configura-se questão de logística, que não ofende a isonomia; mas, sim, visa o melhor atendimento ao interesse público.

Portanto, pode-se afirmar que a restrição geográfica, imposta para atender a contento a Administração Pública, desde que razoável, vai ao encontro ao binômio custo-benefício, que, por sua vez, se coaduna com o princípio da economicidade.

[...] de acordo com pesquisa realizada no googlemaps o município em que foi realizada a licitação abrange mais de 20 cidades do Estado do Rio de Janeiro e Minas Gerais, incluindo cidades do porte de Muriaé-MG e Itaperuna-RJ com população em torno de 100 mil habitantes e tantas outras com ofertas dos mesmos produtos e serviços, na distância limitada no instrumento convocatório.

E por fim, concluiu a Sra. Prefeita “que a exigência da quilometragem de até 80 km da sede do Município de Pedra Dourada não implica restrição abusiva inviabilizadora da ampla competitividade na licitação.”

Em exame da defesa a CFEL (fls. 544/546), que da análise dos documentos juntados aos autos foi apresentado Edital de Retificação n. 001/2015 (fls. 21) constando a exigência da distância máxima de 80 km (oitenta quilômetros) da cidade de Pedra Dourada, e entendeu justificado pela responsável, visto que a exigência tem a finalidade de “*economicidade para os cofres públicos*” e a eficiência administrativa, quanto “*a localização da prestadora de serviço para reforma de pneus configura-se questão de logística, que não afronta a isonomia; mas, sim, visa o melhor atendimento ao interesse público*”.

A Unidade Técnica realizou pesquisa na internet e constatou que, pelo menos 21 municípios se situam no raio estabelecido, 80 km (oitenta quilômetros), assim apontados:

Municípios vizinhos de Pedra Dourada

Antônio Prado de Minas 21.8 km	Eugenópolis 30.5 km	Patrocínio do Muriaé 36.9 km
Caiana 27.7 km	Faria Lemos 13 km	Pedra Bonita 39.6 km
Carangola 16.6 km	Fervedouro 17.4 km	Porciúncula 18.9 km
Divino 23.7 km	Miradouro 21.7 km	Rosário da Limeira 40 km

Dom Viçoso 38.4 km	Muriae 40.2 km	São Francisco do Glória 16.4 km
Dores do Rio Preto 35.9 km	Natividade 30.3 km	Varre-Sai 31.7 km
Espera Feliz 32.4 km	Orizânia 32.5 km	Vieiras 10.4 km

Citou entendimentos exarados nos votos de nºs 924.108 e 924.111, pela possibilidade do critério geográfico para determinados serviços, em compatibilidade ao princípio da proporcionalidade.

A CFEL concluiu (fl. 546) pela improcedência do apontamento, devendo ser observada a discricionariedade do gestor em estabelecer o critério geográfico de forma que melhor atenda ao interesse público, fazendo o exame dos custos e benefícios das medidas a serem aplicadas na contratação.

O Órgão Ministerial, em exame da defesa (fl. 555), entendeu não existir razão à denunciante, em fundamento no princípio da razoabilidade, “considerando decisões dessa Corte no mesmo sentido (Denúncias nºs 924111 e 924.108) e visando o aperfeiçoamento da gestão pública, entendendo cabível a adoção de critério de localização geográfica no caso concreto apresentado.

O aviso do “Edital de Retificação n. 001/2015” (fl. 129) trouxe, de fato, a seguinte observação:

Cabe ressaltar que a empresa vencedora tenha sede em uma distância máximo de 80 quilômetros da Prefeitura Municipal de Pedra Dourada.

Pois bem, venho proferindo votos no mesmo sentido, a exemplo das Denúncias n. 924105 e n. 1012132, uma vez que, para algumas contratações efetuadas pela Administração é cabível a solução de imposição ao particular do dever de executar o serviço em local situado a uma distância máxima do município, desde que devidamente justificado, e que mantenha pertinência e relevância para a prestação dos serviços que serão contratados, aplicando-se razoabilidade e proporcionalidade, em benefício do binômio custo-benefício.

Nessa linha é a lição de Marçal Justen Filho:

Em todos os casos, será vedada a adoção de exigências de estabelecimento em local determinado como requisito de participação, por força do art. 30, §6º, da Lei (...)
Isso significa a necessidade de evidenciar a pertinência não apenas teórica da questão geográfica. É indispensável verificar a solução prática adotada em cada caso concreto. Somente será válido o edital que estabelecer critério de cunho geográfico compatível com o princípio da proporcionalidade. Isso significa a necessidade de evidenciar que a fixação de um critério geográfico determinado era (a) indispensável à satisfação da necessidade objeto da contratação, (b) foi realizada de modo a assegurar a mais ampla participação de potenciais interessados e (c) não infringiu outros princípios constitucionais pertinentes. (*in* “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 15. Ed. – São Paulo: Dialética, 2012, p.p. 84 a 85)

Entendo que, *in casu*, a restrição de distância atende a critérios técnicos de eficiência, tais como dispêndio de combustível e tempo para deslocamento, além do que se mostra favorável à ampliação da competição, pois abrange vários municípios situados dentro do raio de distância delimitada, não estando configurada qualquer transgressão ao princípio da isonomia, uma vez que visa ao atendimento do interesse público.

Como demonstrado pelo Órgão Técnico, em análise da defesa, 21 (vinte e um) municípios estão situados dentro do raio estabelecido, 80 km (oitenta quilômetros), não se podendo alegar restrição à competitividade, haja vista que nessas tantas cidades certamente muitas seriam as empresas que teriam interesse em contratar com a Prefeitura de Pedra Dourada.

Assim, entendo razoável e proporcional a fixação de distância para o tipo de contratação em tela, que inclui, além do fornecimento de pneus novos, câmeras de ar e protetores, a reforma de pneus, atendendo-se a todas as Secretarias, evitando-se dispêndio maior de tempo na execução dos serviços, não havendo configuração de qualquer transgressão ao princípio da isonomia, atendendo-se o interesse público em razão da maior eficiência no atendimento.

Nessa esteira, na situação *sub examine*, **afasto o apontamento** em tela por considerar regular a exigência.

II.2 - Exigência de que os produtos sejam entregues em prazo exíguo a contar do recebimento da ordem de compra, item 10.3 do edital, e 2.3 da minuta contratual:

Em exame inicial a Unidade Técnica, às fls. 47/48v, apontou como irregular o subitem 10.3 do edital (fl. 28) que exigiu a entrega dos produtos em 3 (três) dias a contar do recebimento da ordem de compra, nos seguintes termos:

10.3 – Os itens constantes de cada Ordem de Fornecimento deverão ser entregues integralmente em um prazo máximo de **até 03 (três) dias**, contados do recebimento da respectiva Ordem de Fornecimento. (grifos no original)

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ratificou o entendimento da CFEL (fl. 51v).

Intimados para apresentação da documentação relativa às fases interna e externa do certame, bem como contrato celebrado, e citados para apresentarem defesa, somente a Sra. Eunice Araújo Moreira Soares, Prefeita do Município, juntou documentos às fls. 530/533, afirmando em suas razões de defesa que:

Como visto, a substituição de pneus em prazo curto ou o reparo do pneu também em tempo curto tem tudo a ver com a eficiência da administração, a preservação de vidas, a presença de alunos nas escolas e até com a economia pois, como afirmamos anteriormente, um equipamento parado pode determinar toda a paralisação dos serviços de muitos outros e dos servidores que atuem na mesma frente de serviços.

No caso específico de pneus, a distância e o tempo de resposta são essenciais para assegurar a continuidade dos serviços. O tempo estabelecido no edital é mais que suficiente para que uma empresa localizada na distância, também fixada no edital, possa entregar ao município o pneu ou o serviço previsto na licitação e no contrato.

Além do mais, o que se considera prazo exíguo? O que seria prazo razoável para um transporte escolar ficar parado e uma ambulância aguardar a substituição de um pneu ou reforma do mesmo?

(...)

Às fls. 546/547, o Órgão Técnico, em análise da defesa, esposou entendimento diverso ao apontamento inicial e afastou a irregularidade discutida, por entender “como razoável o prazo de 3 (três) dias para entrega dos produtos”, por se tratar da aquisição de bens essenciais à atividade administrativa dos entes públicos.

E citou o voto proferido, nesse sentido, na Denúncia n. 886589, da Relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, que julgou regular o prazo definido em 48 (quarenta e oito) horas.

O *Parquet* (fl. 555), na mesma linha de entendimento, concluiu que o prazo para entrega dos pneus, fixado em 3 (três) dias, “não representa restritividade do edital, mas, sim, visa a não-interrupção e a segurança na prestação dos serviços pela administração municipal” e manifestou pela regularidade do item.

Cabe registrar, de fato, o voto proferido pelo Conselheiro Sebastião Helvecio, no processo citado pela CFEL, qual seja, n. 886589, acolhido à unanimidade pela Primeira Câmara nessa matéria, em sessão de 25/04/2017, quanto a exigência do prazo de entrega de pneus em 48 (quarenta e oito) horas, “por se tratar da aquisição de um bem essencial à atividade administrativa dos entes públicos que necessitam, muitas vezes, de urgência para prover ambulâncias, veículos de transporte escolar, máquinas, caminhões, carros oficiais, etc., sem os quais restaria inviabilizada a sua atividade local.” Fundamentou o Relator, sua decisão, no fato de não ter havido impugnação ao edital.

Em data anterior, exarei voto na Denúncia n. 911841, em Sessão da Segunda Câmara, em 05/11/2015, acompanhado à unanimidade pelos meus pares, em que consideramos exíguo o prazo de 3 (três) dias úteis para entrega dos pneus.

Naquele voto registrei que, em pesquisa na rede mundial de computadores, editais de órgãos públicos estabeleciam prazos de entrega em torno de 5 (cinco) a 8 (oito) dias.

Nos autos de n. 862797, da relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, acompanhado à unanimidade pela Segunda Câmara, em sessão de 28/05/2015, foi considerado regular a

exigência do prazo de entrega de 2 (dois) dias úteis, por entender que não houve reestrutividade, uma vez que a vencedora distava 199Km do município.

Pois bem, assim, resta demonstrado que é preciso analisar caso a caso a presença, ou não, da reestrutividade à competição.

No item II.1 deste voto, em que analisei a regularidade da fixação da distância de 80 Km do local de execução dos serviços até o município, uma vez que devidamente justificado, pertinente e relevante para o objeto da licitação em tela, em consonância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, também, ficou registrado pela Unidade Técnica que 21 (vinte e um) municípios encontram-se situados dentro da distância estabelecida, não restando configurado, assim, em hipótese alguma, restrição à competitividade pela regra imposta.

Assim, o prazo definido para a entrega dos produtos e serviços executados, qual seja, no máximo 3 dias, a contar do recebimento da ordem de fornecimento é considerado razoável, não constituindo motivo, *in casu*, para restrição à competitividade.

No entanto, registro que a Administração não pode se furtar a elaborar um adequado planejamento de suas compras, estando, sempre, compelida a exigir em seus editais prazos menores que 5 (cinco) a 8 (oito) dias para a entrega de produtos e serviços de reforma de pneus. Obviamente, o planejamento de compras e serviços deve ser realizado tendo em vista o exercício financeiro, de forma a não necessitar, subitamente, da compra de produtos e serviços corriqueiros, paralisando as atividades da Administração, de transporte escolar, ambulâncias e outras, que são essenciais para a população. As licitações devem ser planejadas e realizadas em tempo suficiente, não gerando problemas de ausência de estoque ou, ainda, a sua perda.

Trago a lume o registro que fiz no voto que proferi, citado acima, de n. 911841, *verbis*:

[...] registro que cabe ao administrador público, norteado pelo princípio da eficiência, gerir bens e serviços públicos com planejamento, controlar estoques, instaurar procedimentos de compras em tempo hábil, efetivar a necessária manutenção de bens, precavendo-se de situações que possam comprometer a regular prestação de serviços públicos, o que vai de encontro a necessidades súbitas que geram, inclusive, as compras emergenciais que não encontram fundamento na Lei n. 8.666/93.

E, assim, após destacar a necessidade e importância do planejamento administrativo, *in casu*, diante das justificativas apresentadas, e, entendendo que o prazo de 3 (três) dias é suficiente para que a contratada, estando situada no raio de 80Km, entregue os produtos e realize os serviços de reparo em pneus, afasto o apontamento em comento.

II.3 - Ausência do Termo de Referência como anexo do edital:

Em análise inicial a Unidade Técnica apontou como irregular a ausência do Termo de Referência como anexo do edital, infringindo os princípios da publicidade e da isonomia (fl. 47v).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ratificou o entendimento da CFEL (fl. 51v).

Em defesa, a Sr^a Eunice Araújo Moreira Soares (fls. 535) alegou que “não há nos normativos mencionados na Lei n. 10.520/02 e Decreto n. 3.555/02, exigência formal para que o termo de referência, o qual contém o orçamento detalhado, acompanhe o edital, seja na forma de anexo ou não”, e defendeu que a interpretação dos normativos mencionados é de que caberá ao órgão licitante a decisão de fazer constar ou não o termo de referência no edital, e, por conseguinte, o orçamento.

Citou Acórdãos do Tribunal de Contas da União, nesse sentido, nºs 1925/2006, 114/2007 – Plenário, 531/2007 e 201/2006 – Segunda Câmara.

A Unidade Técnica (fls. 547/548), em análise da defesa, concluiu, com espeque no voto exarado na Denúncia n. 886500, da Relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, pela obrigatoriedade de constar o Termo de Referência na fase preparatória do certame. Registrou, no entanto, que o documento não constou como anexo do instrumento convocatório, tampouco dos autos do Pregão Presencial. Nesse sentido, entendeu irregular o edital em exame.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fl. 556), certificou que o Termo de Referência “não consta nem como anexo do edital e nem na fase interna da licitação, razão pela qual ratifico a irregularidade apontada, com a necessária aplicação de multa ao responsável”.

Pois bem, de fato o entendimento do colegiado da Segunda Câmara, a exemplo do voto proferido nos autos da Denúncia n. 879876, de minha relatoria, tem sido no sentido de que o Termo de Referência não é documento obrigatório como anexo dos editais, mas, nos termos da exigência do inciso III, do art. 3º, da Lei n. 10.520/02 deve constar nos autos do processo licitatório, uma vez que faz parte dos atos preparatórios da fase interna, de forma documentada, que será iniciada com a apresentação da demanda, vejamos:

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

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

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; e

(...) (grifamos)

Da análise desse dispositivo verifica-se que a Lei disciplinou que, dos autos do procedimento constarão: a) a definição do objeto; b) a justificativa acerca da necessidade da contratação; c) elementos técnicos necessários; d) as exigências de habilitação; e) os critérios de aceitação das propostas; f) as sanções por inadimplemento; g) as cláusulas do contrato; h) fixação dos prazos para fornecimento; i) e o orçamento elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação.

Não houve previsão acerca da elaboração do documento intitulado termo de referência, também não disciplinou que este constitui um dos anexos obrigatórios do edital licitatório.

A disciplina acerca do termo de referência consta dos decretos que regulamentaram a Lei n. 10.520/02, tanto dos federais como do Estado de Minas Gerais.

No âmbito federal, por força do art. 8º, incisos II e III, “a”, do Decreto n. 3.555/00, nas licitações na modalidade de pregão, surge a obrigatoriedade da elaboração do termo de referência, que, em verdade, compila os elementos exigidos na fase preparatória do pregão nos exatos termos do inciso III do art. 3º da Lei n. 10.520, supramencionado, vejamos:

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

(...)

De tal modo, por meio do termo de referência, é iniciada a fase interna do pregão no âmbito dos órgãos federais, documento que contém a definição dos elementos básicos acerca da contratação que se pretende, o código genético da licitação, nas palavras de Jair Eduardo Santana, a partir do qual o instrumento convocatório e minuta contratual são elaborados. Alguns doutrinadores ensinam, inclusive, que as informações contidas no termo de referência não são

definitivas, prestando-se a nortear as atividades internas da Administração, podendo ser alteradas no instrumento convocatório¹.

O art. 21 do mesmo Decreto relaciona os documentos que necessitam compor os autos do processo licitatório, entre os quais está abrangido o termo de referência, restando claro que não é um documento parte integrante, como anexo, do edital de licitação, vejamos:

Art. 21. Os atos essenciais do pregão, inclusive os decorrentes de meios eletrônicos, serão documentados ou juntados no respectivo processo, cada qual oportunamente, compreendendo, sem prejuízo de outros, o seguinte:

I - justificativa da contratação;

II - termo de referência, contendo descrição detalhada do objeto, orçamento estimativo de custos e cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso;

(...)

VIII - edital e respectivos anexos, quando for o caso;

(...) (g.n.)

Também o Decreto Federal n. 5.450/05, disciplinou o termo de referência como documento elaborado na fase preparatória do pregão, devendo compor os autos, não prevendo sua anexação ao edital, conforme inciso II, do art. 30. Porém, já revogado pelo atual e recente Decreto Federal n. 10.024, de 28/10/2019, que, também, disciplinou o termo de referência como documento elaborado na fase preparatória do pregão, devendo compor os autos, *verbis*:

Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo:

I - estudo técnico preliminar, quando necessário;

II - termo de referência;

(...)

Do que foi exposto, os regulamentos federais disciplinaram o termo de referência como um documento que deve compor o processo licitatório, não se exigindo que o mesmo constitua, obrigatoriamente, anexo do edital de licitação. Dos dispositivos citados extrai-se que o termo de referência é o documento elaborado na fase preparatória da licitação, contendo dados para que a Administração avalie a possibilidade de aquisição ou contratação do serviço.

Essa é a posição sustentada pelo Tribunal de Contas da União, nos Acórdãos n.s 718/2010, 5263/2009 e 1153/2013.

De outro modo, o Decreto Mineiro n. 44.786/08, que regulamentou a Lei do Pregão n. 14.167/02, trouxe previsão diversa, exigindo que o documento seja um anexo do edital de licitação, conforme previsto em seu inciso I, do §10, do art. 7º.

Portanto, concluindo, na esfera federal, por força da previsão legal contida no inciso II, do art. 8º e art. 21, do Decreto Federal n. 3.555/00, e, ainda, no inciso II, do art. 8º, do Decreto Federal n. 10.024/2019, nos processos licitatórios instaurados pelos órgãos federais, o termo de referência é documento que deve compor os autos, não constituindo parte integrante do instrumento convocatório.

Não obstante, no âmbito do estado de Minas Gerais, deve constituir um dos anexos do instrumento convocatório, cumprindo-se o disposto no inciso I, do §10, do art. 7º, do Decreto n. 44.786/08.

Posto isto, venho proferindo votos no sentido de que o termo de referência não é elemento essencial e obrigatório dos editais de licitação da administração municipal, posto que padece de amparo legal tal exigência.

A uma por que não podemos invocar a observância dos decretos federais e estadual pelos municípios; a duas se não restar comprovada a existência de regulamentação municipal que o exija.

¹ NIEBUHR, Joel Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 260.

Aos municípios cabe instruir os autos do processo licitatório na forma prevista no art. 3º, da Lei n. 10.520/02, que dispôs acerca dos procedimentos a serem observados, e dos documentos imprescindíveis à fase preparatória do pregão.

Assim, passo a verificar se a documentação juntada aos autos, relativa à fase interna do certame, atendeu às exigências do dispositivo legal supra, de modo à caracterização, ou não, da irregularidade:

autoridade competente justificará a necessidade da contratação	fl. 62, sucintamente descrito para “manutenção da frota de veículos municipais, em atendimento a todas as secretarias”.
definição do objeto do certame	fl. 65, transcrito na minuta do edital, fls. 82, 90/91
as exigências de habilitação	fl. 84/85, definidas pela pregoeira na minuta do edital
os critérios de aceitação das propostas	fl. 84, 86/87
as sanções por inadimplemento	fl. 89
as cláusulas do contrato com fixação dos prazos para fornecimento	fl. 87/88 e fls. 120/124 (minuta contratual)
orçamento elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados	fl. 65

Verifico que à fl. 125 consta parecer jurídico emitido acerca do procedimento licitatório.

Pois bem, não verifico, quanto a esse apontamento da Unidade Técnica irregularidade, uma vez que, conforme fundamentado acima, foram cumpridos, *in casu*, os requisitos exigidos pelo art. 3º, da Lei n. 10.520/02, levando-se em consideração, ainda, a simplicidade do objeto licitado.

Não se pode exigir dos municípios que, por imposição dos decretos federais, aplicáveis no âmbito da União, passem a elaborar o documento intitulado termo de referência e juntá-lo aos autos, tampouco incluí-lo como anexo ao edital, por exigência do Decreto Estadual n. 44.786/08, aplicável no âmbito do Estado.

Nessa esteira, afasto a irregularidade apontada.

Lado outro, a orientação desta Corte tem sido no sentido de que, ainda que ausente regulamentação municipal a respeito do termo de referência, o gestor não está impedido de elaborá-lo, juntando-o aos autos ou veiculá-lo como um dos anexos do edital de licitação, devendo ser irrestritamente divulgado e franqueado pela administração licitadora, por entender que o documento compila informações essenciais, privilegiando os princípios da transparência, publicidade, ampla competitividade e isonomia.

II.4 - Ausência de planilha de preços unitários e do valor estimado da contratação:

A Unidade Técnica inicialmente (fl. 47v) apontou como irregular a ausência de planilha de preços unitários e do valor estimado da contratação.

O *Parquet* apresentou posicionamento contrário, nos seguintes termos (fl. 52):

“[...] da leitura dos termos do dispositivo legal aplicável à espécie - inciso III do art. 3º da Lei n. 10.520/02, que regulamenta a fase preparatória do Pregão, depreende-se que o orçamento elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação e o detalhamento da composição dos custos unitários devem constar dos autos, e não, necessariamente, do edital, como preceituado pelo inciso II do § 2º do art. 40 da Lei n. 8.666/93. Desse modo, cumpre verificar se há planilhas de estimativa de preços nos autos do procedimento.”

A defendente, à fl. 535, manifestou acerca da irregularidade apontada:

(...)

No processo licitatório em análise, fls. 03 a 05, consta a pesquisa de mercado, com valor estimado às folhas 05 (documentos anexos), documentos estes que instruíram o procedimento licitatório.

Tanto o Decreto 3.555/2000 quanto a Lei 10520/202 preconiza os elementos que constarão no edital, inexistindo a obrigatoriedade de constar no edital o orçamento e planilhas estimando do custo da contratação, sendo obrigado constar tão somente no processo licitatório.

Como a Lei do pregão regula sobre os elementos existentes no edital, arreda a incidência das normas contidas na Lei 8666/93.

A Unidade Técnica em reexame (fls. 548/549v), concluiu que a defendente apresentou pesquisa de mercado realizada junto a 4 (quatro) fornecedores (fls. 66/76), “pesquisa esta que ofereceu os elementos necessários à elaboração da planilha de custos unitários e valor estimado da contratação, ambos apurados pela média, conforme fls. 63/65” e, por conseguinte, modificou seu entendimento, pois, a documentação juntada aos autos pela defesa (fls. 61/293) demonstra a regularidade do apontamento.

Em parecer conclusivo, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (fl. 555/556), verificou que “as responsáveis trouxeram aos autos quatro pesquisas de mercado dos valores unitários das mercadorias (fls. 66/76), tendo apresentado as planilhas de custos unitários e valor estimado de fls. 63/65”.

Pois bem, quanto a citada matéria, coaduno-me ao entendimento do Órgão Ministerial, pois venho proferindo votos no sentido de que, em relação a editais na modalidade de pregão o orçamento estimado deve compor os autos, não se exigindo que seja divulgado como anexo do edital, a exemplo dos processos de Denúncia n^{os} 969503, 879876 e 862739, e Edital de Licitação n. 898642, na mesma linha de entendimento de outros Conselheiros desta Corte, como nas Denúncias n^{os} 1031624 e 977647, da Relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, Recurso Ordinário n. 887858, da Relatoria do Conselheiro Mauri Torres, aprovado por maioria em sessão do dia 27/08/2014, Denúncia n. 1071323, da Relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão.

A questão deve ser analisada à luz da Lei n. 8.666/93 e da Lei n. 10.520/02, específica para a modalidade de pregão.

Isso porque prevê o art. 3º, inciso III, da Lei do Pregão que o orçamento estimado em planilha deve constar dos autos, sendo elaborado na fase preparatória, isto é, na fase interna do certame, não necessitando ser publicado, posteriormente, como anexo do edital, *verbis*:

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. (g.n.)

E, não existente ordem legal na regulamentação específica da modalidade de pregão, Lei n. 10.520/02, sobre a imperativa anexação de planilhas de quantitativos e preços unitários ao edital, e sim, ao contrário, restando previsto em seu art. 3º, supracitado, que o orçamento estimado da licitação necessita constar da fase preparatória do pregão, não há que se alegar a aplicação subsidiária da Lei n. 8.666/93.

Lado outro, nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93, o orçamento estimado, incluindo os preços unitários, deve figurar como anexo do edital.

Também o TCU vem proferindo julgados no mesmo sentido, a exemplo dos Acórdãos n.s 1925/2006, 117/2007, 517/2009, 392/2011, 2080/2012.

Do exposto, e, considerando que a pesquisa de preços foi realizada na fase interna do certame, junto a 4 (quatro) fornecedores, buscando-se o orçamento estimado da contratação, nos termos da documentação anexada aos autos (fls. 296/309), entendo que restou cumprido o disposto no inciso III do art. 3º da Lei n. 10.520/02, e, dessa forma, **afasto a irregularidade apontada.**

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **julgo improcedente a presente Denúncia**, por não verificar a ocorrência das irregularidades suscitadas nestes autos, razão pela qual determino a extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos previstos pelo art. 487, inciso I, do CPC.

Intimem-se as partes e a procuradora desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos nos termos do art. 176, inciso I, do RITCMG.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** julgar improcedente a presente Denúncia, por não verificar a ocorrência das irregularidades suscitadas nestes autos, e declarar a extinção do processo, com julgamento do mérito, nos termos previstos pelo art. 487, inciso I, do CPC; **II)** determinar a intimação das partes e da procuradora desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do Regimento Interno desta Corte; **III)** determinar, ultimadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, inciso I, do RITCMG.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 18 de dezembro de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

jc/kl

CERTIDÃO

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

Tribunal de Contas, ___/___/_____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**