

Processo: 1040758
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Júlia Baliego da Silveira
Denunciada: Prefeitura Municipal de São José do Jacuri
Responsáveis: Cláudio José Santos Rocha (Prefeito) e Meirilane Moreira Flores (Pregoeira)
Procuradoras: Renata Galinari Moisés, OAB/MG 154.436; Veridiana Gonçalves Pereira, OAB/MG 102.478
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

PRIMEIRA CÂMARA – 13/4/2021

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. CRITÉRIO DO MENOR PREÇO POR LOTE. REGULARIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A QUANTIFICAÇÃO DO OBJETO. MULTA. RECOMENDAÇÃO. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA COMO PARTE DO EDITAL. NÃO OBRIGATORIEDADE NA LEI DO PREGÃO. PREVISÃO DE REAJUSTE DE PREÇOS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. APLICABILIDADE. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. IRREGULARIDADE E MULTA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

1. O fracionamento do objeto da licitação é lícito quando tecnicamente viável e economicamente vantajoso para a Administração.
2. O objeto do certame deve ser preciso quanto às quantidades almejadas, baseado em planejamento prévio, de forma a refletir a efetiva necessidade da Administração.
3. O prazo de vigência das atas de registro de preços não se confunde com o prazo dos contratos celebrados com base nelas, sendo possível que a execução do contrato ultrapasse o período de doze meses.
4. Os requisitos de habilitação são listados *numerus clausus* na Lei Nacional de Licitações e Contratos, configurando-se contrária à lei a exigência editalícia de documento ali não previsto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia, em face das irregularidades confirmadas no Processo Licitatório n.º 21/2018, Pregão Presencial n.º 16/2018 – Sistema de Registro de Preços;
- II) aplicar multas aos responsáveis, com amparo no disposto no art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/08, sendo:
 - a) R\$1.000,00 (mil reais) ao Prefeito Municipal, Sr. Cláudio José Santos Rocha, e R\$1.000,00 (mil reais) à Pregoeira, Sra. Meirilane Moreira Flores, em face da

ausência de justificativa para a quantificação do objeto, em grave ofensa ao disposto no art. 15, § 7º, II, da Lei Nacional n.º 8.666/93 (item 02); e

- b) R\$1.000,00 (mil reais) ao Prefeito Municipal, Sr. Cláudio José Santos Rocha, e R\$1.000,00 (mil reais) à Pregoeira, Sra. Meirilane Moreira Flores, em razão da exigência de declaração não prevista em lei e inabilitação sumária, com base nela, de empresa proponente, com grave infração do disposto no art. 3º da Lei n.º 8.666/93 (item 06);

III) recomendar aos gestores do órgão que, em futuras licitações:

- a) independentemente da modalidade e inclusive nos casos de contratação direta, faça-se constar na solicitação do demandante e no termo de referência ou projeto básico a justificativa da quantificação da demanda;
- b) exija-se a apresentação de atestados de capacidade técnica em consonância com o disposto no art. 30, II, da Lei Geral de Licitações e Contratos; e
- c) seja oportunizada a demonstração de viabilidade da proposta presumidamente inexequível antes da desclassificação de licitantes;

IV) determinar a intimação da denunciante e dos denunciados, por diário oficial e via postal;

V) determinar o arquivamento do processo, nos termos do art. 176, I, regimental, assim que transitado em julgado o *decisum* e findos os procedimentos pertinentes.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 13 de abril de 2021.

GILBERTO DINIZ
Presidente

HAMILTON COELHO
Relator

(assinado eletronicamente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
PRIMEIRA CÂMARA – 13/4/2021

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Julia Baliego da Silveira, em face do Processo Licitatório n.º 21/2018 (Pregão Presencial n.º 16/2018 – Sistema de Registro de Preços), da Prefeitura Municipal de São José do Jacuri, que tem por objeto o:

“Registro de preços para futuras e eventuais contratações de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de peças ou acessórios genuínos ou originais de fábrica, pneus novos (primeira vida) e mão de obra para veículos da frota do Município de São José do Jacuri, conforme especificações do edital e anexos.” (fl. 26)

Argumentou a denunciante que o critério de julgamento adotado no edital (fls. 23/54), qual seja, menor preço por lote, violaria a previsão contida no art. 15, IV e art. 23, §1º, ambos da Lei Nacional de Licitações e Contratos. Salientou que a Administração deveria alterar o critério para menor preço por item.

Diante da irregularidade apontada requereu, liminarmente, a suspensão do certame.

Recebida a denúncia (fl. 234), e distribuída à minha relatoria (fl. 235), determinei a intimação do Sr. Cláudio José Santos Rocha (prefeito) e da Sra. Meirilane Moreira Flores (pregoeira), para oitiva prévia e esclarecimentos adicionais, consoante despacho de fl. 236.

Os denunciados apresentaram defesa (fls. 264/273) e anexaram a documentação requisitada (fl. 275/1.872).

Em análise perfunctória dos documentos apresentados, verifiquei não haver irregularidades capazes de ensejar a concessão de cautelar de suspensão do processo licitatório e determinei o encaminhamento dos autos à Unidade Técnica para exame (fls. 1.874/1.875v).

O Órgão Técnico, no estudo inicial (fls. 1.882/1.891), considerou improcedente o apontamento veiculado pelo denunciante, no entanto, apresentou apontamentos complementares à denúncia.

O Ministério Público junto ao Tribunal, em manifestação preliminar (fls. 1.893/1.893v), opinou pela citação dos responsáveis para o exercício do direito de defesa.

Determinei a citação dos responsáveis (fl. 1.894), que apresentaram defesa (fls. 1.899/1.919), acompanhada de documentos (fls. 1.927/2.223).

A Unidade Técnica, em novo exame, concluiu pelo provimento parcial da denúncia (fls. 2.225 a 2.235v), no que foi acompanhada pelo *Parquet* (peça n.º 21 do SGAP, código de arquivo n.º 2282613), que opinou pela irregularidade do Processo Licitatório e pela aplicação de sanções pecuniárias ao Prefeito e à Pregoeira.

O presente processo foi digitalizado conforme termo próprio (peça n.º 20 do SGAP, código de arquivo n.º 2275290).

Em síntese, é o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo a apreciar as irregularidades apontadas na denúncia e na análise do órgão técnico, a seguir elencadas, cotejando-as com os documentos acostados aos autos e o exame técnico promovido pela unidade competente.

1. Adoção do critério de julgamento “menor preço por lote”

Alegou a denunciante que foi inserida no edital (fl. 25) condição restritiva de competitividade, tendo em vista a adoção, pela Administração, do critério de julgamento “menor preço por lote”, quando, visando a economicidade, deveria ter-se adotado o critério “menor preço por item”.

Ressaltou que o critério escolhido fere a previsão exposta no art. 15, IV e art. 23, §1º, ambos da Lei n.º 8.666/1993, bem como a jurisprudência do TCU, consolidada pelo Enunciado n.º 247 da Súmula, cuja redação encaminha para o fracionamento do objeto em itens, em detrimento de sua aglutinação em lotes.

O Órgão Técnico (fls. 1.882v/1.883v), após exame da documentação referente ao certame, destacou que nem na Lei n.º 8.666/93 nem na Súmula 247 veda-se a formação de grupos entre itens, apenas se destaca tal medida como excepcional, devendo ser sempre justificada a sua adoção e evidenciada sua viabilidade e vantagem econômica.

Seguindo esta linha, o órgão técnico fez as seguintes considerações:

“Em outras palavras, cabe ao gestor público utilizar de sua discricionariedade para averiguar no caso concreto como proceder a divisão dos itens licitados.

No caso em epígrafe, realmente torna-se, operacionalmente, inviável à Administração não agrupar os itens, até porque se trata de um serviço de manutenção com fornecimento de peças, e não apenas uma compra e venda, portanto, não tem como, por exemplo, que uma primeira contratada trocasse apenas peça, uma segunda outra peça e por aí vai. Destarte, conclui-se que realmente cada manutenção no veículo é um serviço indivisível.

[...]

Ressalta-se ainda que os valores de cada peça isoladamente são bastante variáveis, sendo que algumas possuem valores expressivos de mercado e outras não, o que tornaria, caso a licitação fosse por item, possivelmente deserta em vários itens, pois os valores de venda das peças não cobririam os custos de participação do certame.

Outro aspecto a se analisar foi que os itens que compõem os grupos possuem mesma natureza, sendo plenamente possível que um mesmo licitante forneça todos as peças constantes em cada lote específico.

Somando-se todos esses fatores não há qualquer irregularidade no tocante à decisão administrativa em agrupar os itens ora licitados. Não obstante, é imperioso ressaltar que tais informações deveriam constar expressamente no processo, especificamente, no termo de referência, ora como traz a própria redação da lei e o entendimento das Cortes de Contas é que adoção de tal medida somente pode ser adotada quando economicamente e tecnicamente viável, sem haver perda de escala, e como saber disso se o setor responsável não traz à baila tais informações?

Neste diapasão, entende-se que caberia ao gestor motivar o porquê da formação dos lotes, sempre evidenciando a vantagem da medida, pois o agente público não pode invocar seu poder discricionário com o fito de se envolver num véu de subjetividade.” (fl. 1.883v)

Não houve manifestação do *Parquet* quanto a este ponto da denúncia.

A defesa destacou que não foi configurado dano ao erário, dolo ou má-fé da Administração na adoção do critério de aglutinação por lote e que tal escolha não impediu, nem reduziu, a competitividade (fls. 1.901/1.904).

Verifica-se que, nos termos do Estatuto Nacional de Licitações e Contratos, a regra é o fracionamento do objeto em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis. Em outras palavras, o fracionamento só é possível quando for demonstrada a viabilidade técnica e econômica de tal ato para a Administração. Nas lições de Marçal Justen Filho,

“a adoção do fracionamento depende da presença de requisitos de ordem técnica e econômica. Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem, mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. [...]. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento. Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos. Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas [...]”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 440).

Destaca-se, ainda, decisão proferida por esta Corte de Contas, Denúncia n.º 1.024.609, de relatoria do Conselheiro Substituto Victor Meyer:

“Por certo, a Administração conta com relativa margem de discricionariedade para estabelecer o critério de julgamento das licitações. O § 1º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93 estabelece que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração **serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.**

Ainda que o comando da Lei seja impositivo, a sua observância é relativizada pelas circunstâncias da contratação, de modo que **o parcelamento do objeto observe a viabilidade técnica e econômica**, bem como as disponibilidades do mercado. Nesse sentido, tanto a jurisprudência do TCU quanto deste Tribunal são enfáticas quanto à obrigatoriedade do parcelamento do objeto, mas a relativizam em face do aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado”. [grifo nosso]

In casu, conforme mencionado na decisão de indeferimento do pedido liminar (fls. 1.874/1.875v) restou suficientemente demonstrada a dificuldade de formalização de múltiplos contratos em relação ao objeto licitado, haja vista tratar-se de serviços e produtos similares.

Importante não olvidar que cabe ao Administrador escolher a melhor forma de contratação, mediante juízo de conveniência e oportunidade, respeitando-se os limites legalmente estabelecidos e visando a garantia do interesse público.

Ademais, conforme bem salientou a Unidade Técnica, mostra-se razoável que um serviço de reparo e fornecimento de peças para determinado veículo seja realizado integralmente por apenas um contratado, até como forma de identificar com clareza a responsabilidade por eventual irregularidade na prestação do serviço.

Isso posto, considerando que o agrupamento em lotes realizado pela Administração obedeceu a critérios mínimos de similaridade entre os itens e veículos, julgo lícita a opção pela aglutinação e improcedente a denúncia neste ponto.

Recomendo, todavia, que nos próximos certames de natureza similar, a Administração exponha, no termo de referência, justificativa plausível e fundamentada que comprove a viabilidade econômica e técnica de sua escolha.

2. Ausência de justificativa para os quantitativos do objeto licitado

Requisitei, em despacho de oitiva prévia (fl. 236), que fossem prestados esclarecimentos sobre a metodologia utilizada para estimar os quantitativos de peças e horas de serviço que resultaram na significativa soma de R\$3.684.812,65.

Esclareceram os denunciados que a requisição elaborada pela Secretaria Municipal de Transportes foi realizada baseando-se em procedimento licitatório do exercício anterior. Pontuaram ainda que, por se tratar de contratação para prestação de serviço futura, seria impossível prever as quantidades exatas, o que justificaria a adoção da modalidade de Registro de Preços (fl. 262).

Destacaram, por fim, que edital de mesmo objeto (Pregão Presencial n.º 030/2014) foi denunciado a esta Corte de Contas no ano de 2014 (Processo n.º 923.931), e que a análise da Unidade Técnica não detectou nenhuma irregularidade, razão pela qual tomaram o referido edital como modelo (fl. 263).

Em análise preliminar, o órgão técnico pontuou que o edital, a requisição do demandante ou qualquer documento da fase interna não contém justificativa nem a metodologia usada para a definição dos quantitativos a serem licitados, o que deveria ter sido providenciado para fins de publicidade e controle social (fl. 1.884v). Destacaram que o planejamento é um dever do agente público, conforme redação do art. 6º do Decreto-Lei n.º 200/67, e que tal dever não foi observado pela Administração no caso.

Em defesa, os denunciados alegaram que o Município adota, para a realização do certame, o modelo baseado na relação quantitativo de peças por veículo e horas de manutenção, pois o raio máximo estipulado no edital foi de 90km e há um desinteresse de empresas, locais ou regionais, em adotarem tabelas de preços dos fabricantes, cujo valor de aquisição é de aproximadamente R\$1.200,00 mensais.

Ressaltaram que a metodologia utilizada se baseou em edital de exercício anterior, submetido à análise desta Corte de Contas no processo Denúncia n.º 923.931, e que nenhuma irregularidade teria sido nele apontada.

Em exame conclusivo (fls. 2.225/2.235v), o Órgão Técnico apontou que:

“Na hipótese dos autos, ausente comprovação da justificativa da metodologia de quantificação, persiste o apontamento de irregularidade do item 2.2 de fls. 1884 a 1886, por contrariedade ao disposto no art. 15, §7º, II da Lei Federal n. 8.666/1993, atraindo assim, o proposto no item 2.2.10 (fls. 1886 – descrição da medida), substituindo-se “recomendação” por “determinação”, em futuras licitações, da observância da definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, estimadas mediante adequadas técnicas quantitativas, patentes no Termo de Referência ou em estudos específicos, no processo licitatório.” (fl. 2.226v)

O Órgão Ministerial, por sua vez, destacou que:

“o argumento de que essa Corte julgou regular procedimento anterior, no processo Denúncia n.º 923.931 (referente ao Edital de Licitação n.º 052/2014) não é capaz de afastar

a irregularidade, eis que os gestores não apresentaram, nos autos do certame, a manutenção das similaridades que possibilitariam a utilização destes quantitativos” (peça n.º 21 do SGAP, código de arquivo n.º 2282613).

Conforme bem assinalado pelo *Parquet*, não houve, no caso em comento, justificativa para que edital de exercício anterior fosse adotado como referência quantitativa. Analisando a documentação juntada não verifiquei, no Termo de Referência ou na defesa apresentada, qualquer menção à manutenção da frota, tampouco justificativa plausível da metodologia adotada.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “Deverão ser adquiridas quantidades segundo as estimativas de consumo e utilização, para evitar tanto o excesso como a carência de produtos. Ademais, não deverão ser adquiridas quantidades superiores à capacidade de armazenagem.” (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 302)

Na Lei de Licitações, dispõe-se, no §4º, do art. 7º, que “é vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.”

Constata-se, pois, a partir do dispositivo citado, que o objeto do certame deve ser preciso quanto ao quantitativo, de forma a demonstrar a real necessidade da Administração e, assim, assegurar propostas pertinentes e vantajosas.

Nesta linha, acolho as conclusões do Órgão Técnico e do Órgão Ministerial em relação à ausência de justificativa para a quantificação do objeto licitado. Em estudo detido da documentação apresentada, não encontrei qualquer motivação para os quantitativos adotados, o que implicou na previsão de um valor elevado e injustificado para a contratação.

Assim, julgo procedente a denúncia nesse ponto e aplico multa individual nos valores de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e de R\$1.000,00 (mil reais), ao Prefeito, Sr. Cláudio José Santos Rocha, e à Pregoeira, Sra. Meirilane Moreira Flores, respectivamente, em face da ausência de justificativa para a quantificação do objeto, em ofensa à disposição contida no art. 15, §7º, II, da Lei Nacional n.º 8.666/1993.

Determino por fim que, em licitações futuras, independentemente da modalidade eleita e inclusive nos casos de contratação direta, que a Administração faça constar na solicitação do demandante e no termo de referência ou projeto básico a justificativa da quantificação da demanda, a fim de alcançar a economicidade e transparência, princípios centrais no exercício da gestão pública.

3. Ausência de indicação de preços unitários estimados para cada peça no Termo de Referência

No despacho de oitiva prévia (fl. 236), os responsáveis foram intimados para justificar a ausência de indicação dos preços unitários estimados para cada peça.

Os defendentes arazoaram que, na fase interna do certame, foi realizada ampla pesquisa de preço perante os fornecedores com o intuito de aferir a média de preço unitário de cada item. Também destacaram que, na modalidade pregão, a questão está adstrita à fase interna do certame, não sendo obrigatória a inclusão do orçamento no edital (fl. 255).

Pontuaram, por fim, que a questão vem sendo julgada pelo TCU e pelo próprio TCE/MG no sentido de não ser obrigatória a anexação, em editais de pregão, do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitário. Citaram, a título de exemplo, o Acórdão 2080/2012 da Plenário do TCU e o julgamento do Recurso Ordinário n.º 876.182, de relatoria do

Conselheiro José Alves Viana, pela Segunda Câmara do TCE/MG, na sessão do dia 04/03/2015 (fls. 256/257).

Em estudo preliminar, a Unidade Técnica considerou regular o edital neste ponto, argumentando que a divulgação ou não do orçamento estimado em planilhas nas licitações de modalidade pregão constitui faculdade e não obrigatoriedade, diferentemente das modalidades da Lei n.º 8.666/93, e que tal omissão pode ser utilizada como estratégia de negociação pelo pregoeiro (fl. 1.886/1.886v).

Não houve manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal sobre essa questão.

Conforme destacado na decisão liminar (fl. 1.875), existem decisões deste Tribunal no sentido de não ser obrigatória a anexação ao edital de Pregão de planilhas de quantitativos e preços unitários, inclusive na Denúncia n.º 944.666, de minha relatoria.

Diante do exposto, reitero a fundamentação exarada em juízo liminar e julgo improcedente a denúncia neste ponto.

4. Previsão de reajustamento de preços na minuta da ata de registro de preços com vigência de 12 meses

No despacho de oitiva prévia (fl. 236), requisitei informações a respeito da previsão de reajustamento de valores na minuta da ata de registro de preços com vigência de doze meses.

Os defendentes pontuaram (fls. 258/262) que a Cláusula Oitava da minuta de ata prevê duas hipóteses distintas para a revisão de preços: reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal (item 8.1) e negociação de redução de preços, mantendo-se o objeto registrado, na quantidade e especificações indicadas na proposta, em virtude da minoração dos preços de mercado (item 8.2).

Destacaram que o edital, seus anexos, a minuta de contrato e a minuta da ata de registro de preços são instrumentos vinculativos entre si, e que a previsão de reequilíbrio é feita em relação ao contrato administrativo.

Em estudo preliminar, a Unidade Técnica apresentou a seguinte consideração: “De início, verifica-se a irregularidade da cláusula, pois, apesar de a lei permitir o reajuste da ATA de registro de Preços, ela também limita sua vigência ao interregno de 12 (doze) meses, logo, não poderia constar qualquer tipo de reajuste em uma ATA cuja vigência já esteja expirada” (fl. 1.887v).

Todavia, apesar da incongruência supra, consideraram a justificativa de que o reajuste incidiria sobre o contrato administrativo, e não sobre a ata, válida. Nessa linha, concluíram pela regularidade da previsão editalícia em tela.

O Ministério Público junto ao Tribunal não fez ponderações referentes a esta questão.

Destaca-se, de início, que há previsão autorizativa de reajuste nos artigos 17 e 18 do Decreto n.º 7.892 de 2013, *litteris*:

“Art. 17. Os preços registrados **poderão ser revistos** em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados, cabendo ao órgão gerenciador promover as negociações junto aos fornecedores, observadas as disposições contidas na alínea “d” do inciso II do caput do art. 65 da Lei n.º 8.666, de 1993. Art.

18. Quando o preço registrado tornar-se superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão gerenciador convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado.” (Destaquei)

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“Cabe ao órgão gerenciador avaliar a compatibilidade entre o preço registrado e o valor de mercado; se verificar que o preço registrado tornou-se superior ao valor de mercado, **por motivo superveniente**, deve convocar os fornecedores para negociação da redução dos preços aos valores praticados pelo mercado; os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade e sem prejuízo da classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado (art. 18 do Regulamento).” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 27ª edição, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 449)

Destaco o parecer emitido na Consulta n.º 761.137, de Relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, aprovado por unanimidade em sessão do dia 24/9/08, no qual concluiu-se que a ausência da fixação de critério de reajuste de preço no edital, ou no contrato, não obsta o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por meio do reajuste, quando comprovados os efeitos da inflação acumulada no período de referência, **quando decorridos mais de 12 (doze) meses**.

Nessa linha, por óbvio, a existência de cláusula contendo previsão de reajuste não viola disposição legal, pelo contrário: tais cláusulas são indicadas como necessárias na Lei de Licitações e Contratos:

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

XI – **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei n.º 8.883/1994)

Art. 55 – **São cláusulas necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:

III – o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e **periodicidade do reajustamento de preços**, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.” (Destaquei)

Em julgado da relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Edital de Licitação n.º 1.031.507, em sessão do dia 23/07/20, encontra-se fundamentação semelhante à adotada na consulta supra:

“EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CUJA DURAÇÃO É INFERIOR A 12 (DOZE) MESES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA OU CONTRATUAL DE REAJUSTE POR ÍNDICE FINANCEIRO. [...]”

5. Com fulcro no disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, bem como no inciso XI do art. 40 c/c o inciso III do art. 55, ambos da Lei no 8.666/93, é cabível o reajuste do valor contratual, visando viabilizar o exercício do direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e remediar os efeitos da desvalorização da moeda. Outrossim, após o advento do Plano Real, a obrigatoriedade das estipulações de critérios de reajuste (ou correção monetária) ficou adstrita aos contratos cuja duração é superior a 12 (doze) meses, com fulcro no previsto no art. 3º, caput e §1º, da Lei n.º 10.192/01. Nessa perspectiva, é garantida a concessão do reajuste por índice financeiro, desde que vencida a periodicidade mínima legal de 1 (um) ano, independentemente de sua previsão expressa no edital ou no contrato administrativo.

[...]

Em análise do edital às fls. 06/47, não vislumbro disposição especificamente sobre o critério de reajuste a ser aplicado, embora, a priori, trate-se, sob o influxo da Lei no

8.666/93, de cláusula obrigatória do instrumento convocatório e necessária do contrato administrativo.

Oportuno mencionar o meu entendimento de que, após o advento do Plano Real, a obrigatoriedade das estipulações de critérios de reajuste (ou correção monetária) ficou adstrita aos contratos cuja duração é superior a 12 (doze) meses, com fulcro no preceituado no *caput* e no §1º do art. 3º da Lei n.º 10.192/01, a seguir transcrito:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o *caput* deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

[...]

Pelo o exposto, entendo pela ausência de irregularidade decorrente da inexistência de previsão do reajuste (ou correção monetária) no edital.”

Consolidou-se em idêntico sentido a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, exemplificada pelos Acórdãos n.ºs 376/1997 e 963/2010.

Ressalto que a regularidade da cláusula, como demonstrado acima, fica condicionada à efetiva prorrogação do contrato por prazo superior aos doze meses de vigência da Ata de Registro de Preços.

Nessa esteira, na linha da jurisprudência já sedimentada nesta Corte de Contas, concluo que não se configura irregular, tendo em vista a possibilidade de prorrogação do contrato, a previsão de índice de reajuste de preços, e julgo improcedente a denúncia neste ponto.

5. Ausência de exigência de comprovação de qualificação técnica para habilitação

Pontuou o Órgão Técnico (fls. 1.888/1.888v) que a Lei Geral de Licitações e Contratos prevê, como requisitos de habilitação, as etapas de habilitação jurídica, regularidade fiscal- trabalhista, técnica e econômico-financeira. Entretanto, não consta no instrumento convocatório a exigência dos documentos de qualificação técnica elencados no art. 30, II, da referida lei.

Asseverou que, no referido dispositivo legal, exige-se a apresentação de atestado de capacidade técnica apropriado a comprovar aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação. Todavia, a omissão da Administração em solicitar tal documento infringiria a determinação legal, em razão do que opinou pela aplicação de multa à Pregoeira Meirilane Moreira Flores de até R\$58.826,89, com fundamento no disposto no art. 85, II, da Lei Complementar Estadual n.º 102/2008 c/c Portaria n.º 16/Pres./16.

Os defendentes alegaram (fl. 1.908) que, embora o edital não tenha exigido o atestado de capacidade técnica nos moldes apontados pela lei, exigiu-se das empresas participantes a apresentação de “declaração de disponibilidade de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico adequado e disponíveis para a execução do objeto da licitação”, conforme item 7.2.3.2 – Qualificação Técnica (fl. 300) e ANEXO VIII do edital (fl. 334).

Salientaram que a maioria das empresas vencedoras do certame já prestaram serviços ao município, não havendo sido constatada qualquer mácula ou irregularidade (fl. 1908).

Citaram o Acórdão n. 891/2018 do TCU, no qual a situação fática e o baixo risco à Administração impuseram cientificação ao órgão responsável da obrigatoriedade de inclusão,

em futuras licitações, da exigência de comprovação de qualificação técnica em lugar da aplicação de multa (fls. 1908 a 1910)

Em sua análise conclusiva (fls. 2.227v/2.231), a unidade técnica consignou:

“A apresentação de qualificação técnica encontra-se restrita aos limites do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]

O adjetivo ‘indispensáveis’ aplicado às exigências de qualificação técnica do art. 37, inciso XXI, da Carta Magna e o verbo ‘limitar-se-á’ do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93 tornam ilegal a inclusão, em editais, de exigências desarrazoadas capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do certame.

[...]

‘A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.’ (Acórdão TCU n. 891/2018, Relator Ministro José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Tipo: Representação, Data da Sessão: 25/04/2018)

[...]

A declaração exigida, s.m.j., não se caracteriza como comprovação de capacitação técnico-operacional.

Entretanto, verificou-se atuação da Administração em cumprir o estabelecido na lei de licitações, mediante exigência da declaração, assim, opina-se pela não aplicação da penalidade de multa àquelas situações em que, apesar de constatada a desconformidade à norma legal, não estão presentes os elementos indicativos da gravidade da conduta.”

O Ministério Público junto ao Tribunal, por sua vez, pontuou, em parecer conclusivo (peça SGAP n.º 21, código 2282613), que o edital em comento não trouxe disposições suficientes para atestar a qualificação técnica-operacional das licitantes e que a exigência do referido atestado não é mera faculdade, mas sim imperativo que cinge o gestor público. Nessa linha, considerou irregular a omissão editalícia.

Conforme bem assinalado pela Unidade Técnica, houve, por parte da Administração, tentativa de obedecer à disposição legal por meio da declaração exigida. Ainda que a declaração não tenha sido formulada em conformidade com a letra da Lei, há de se considerar, no caso, a prevalência do conteúdo da exigência sobre a sua forma: não é outra a hermenêutica adotada pelo TCU, em consonância com a teoria do formalismo moderado.

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Nesse sentido, o Acórdão n.º 357/2015, do Plenário daquela Corte de Contas:

“No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.”

E ainda:

“Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios.” (Acórdão 119/2016-Plenário)

Pelo exposto, julgo improcedente a denúncia neste ponto. Recomendo, no entanto, que nos próximos editais formulados pelo órgão seja observada a determinação legal e exigida a apresentação dos atestados de capacidade técnica, em consonância com o art. 30, II da Lei de Licitações.

6. Exigência de declaração não prevista em lei e desclassificação de licitante que não a apresentou

Em sua análise preliminar (fls. 1.888v/1.890), o Órgão Técnico questionou a regularidade da exigência de Declaração de exequibilidade de preços, conforme redação contida na cláusula 6.1.4 (fl. 33) e no ANEXO VII – Declaração de preços (fl. 162). Pontuaram que a referida exigência implicou na desclassificação da empresa Auto Elétrica Evangelista LTDA – ME e que, conforme Ata de Abertura e Julgamento (fls 1.639/1.643), a empresa requereu autorização para juntar a referida declaração *in loco*, o que foi negado pela pregoeira.

Ressaltaram que outra declaração sem qualquer previsão legal foi exigida dos licitantes, qual seja, “Declaração de inexistência de fatos impeditivos de habilitação”, o que teria violado o caráter competitivo do certame.

Complementaram os apontamentos com as seguintes observações:

“A declaração de exequibilidade de preços não contém amparo legal para sua solicitação, logo não deveria ter sido exigida no instrumento convocatório, acarretando irregularidade na inabilitação da citada licitante.

[...]

É totalmente desarrazoado exigir quaisquer declarações não exigidas por lei, salvo se necessárias à execução do objeto, devendo ser devidamente motivada a sua inclusão.

Trata-se de apenas uma declaração de próprio punho, o que não geraria prejuízo algum que a licitante o juntasse no ato da sessão pública, até porque uma declaração desse porte somente seria exigida se houvesse indícios justificados de possível inexecuibilidade da proposta, daí, para resguardar a Administração e por meio do seu poder de diligência, o pregoeiro poderia exigir uma declaração de exequibilidade de preços, mas como dito anteriormente, a adoção dessa medida deveria ser adotada apenas de maneira justificada e excepcional, como forma de diligência e não requisito de habilitação.

Ademais, o edital ainda exigiu declaração que inexistem fatos impeditivos de habilitação, o que também viola o caráter competitivo do certame por não haver amparo legal.

[...]

Veja que a lei não exige a declaração de inexistência de fatos impeditivos, mas que a licitante declare a superveniência de fato impeditivo, ou seja, não há respaldo para exigir declaração da ausência de fatos impeditivos. A Lei exige que o licitante declare a superveniência de fato impeditivo (e não sua ausência).

Então, somente se o pregoeiro, também pelo uso do seu poder de diligência, verificasse que houve uma alteração fática capaz de alterar as condições de habilitação da licitante, estaria autorizado a exigir uma declaração de superveniência de fato impeditivo.

[...]

Ademais, informa-se ainda que as declarações de atendimento quanto às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira e; a declaração de enquadramento de ME/EPP podem ser confeccionadas e juntadas na própria sessão, pois ensejam responsabilização dos licitantes em razão da falsidade das informações neles contidas e não requisito de habilitação, como é o caso da declaração que não emprega menor, logo apenas essa última deve ser confeccionada de forma obrigatória e prévia ao certame.

Outro ponto é que a ausência da declaração de condição de ME/EPP não enseja descredenciamento da licitante ao certame, apenas a impede de usufruir dos benefícios contidos na LC nº 123/06, ou seja, deve a licitante ser tratada como se de grande porte fosse.” (fls. 1.888v/1.890)

A defesa argumentou que a modalidade Pregão propicia aos participantes disputarem o certame com base no menor lance, o que justificaria, no presente caso, a exigência de declaração de exequibilidade de preços (fl. 1.910). Acrescentaram que tal declaração não restringe a competitividade, tendo em vista tratar-se de mera declaração e não de comprovação, e que o referido edital não foi impugnado por nenhum dos participantes, tampouco a empresa inabilitada na sessão.

Ressaltaram que, considerando-se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, não poderia a Pregoeira aceitar, por ocasião da sessão de julgamento, a juntada da declaração, pois tal ação feriria o princípio da isonomia, uma vez que as demais concorrentes haviam seguido o trâmite previsto no edital (fl. 1.911).

Quanto à “Declaração de Inexistência de Fatos Impeditivos de Habilitação”, os defendentes alegaram tratar-se de mero erro material, pois ao invés de exigirem que o licitante “declare a superveniência de fato impeditivo”, foi solicitada “declaração de ausência de fato impeditivo” (fl. 1.912). Nessa linha, sustentaram que não teria havido restrição ao caráter competitivo do certame, tampouco dano ao erário.

Em estudo final, a Unidade Técnica salientou que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não é absoluto e que ausência de impugnação por parte dos licitantes não obsta o poder-dever da Administração de rever seus atos ilegais, conforme orientação contida no Enunciado n.º 473 da Súmula do STF. E acrescentaram:

“A lei de licitações permite apresentação de declarações, v.g., a de superveniência de fato impeditivo da habilitação (art. 32, §2º).

A exigência de declaração, por si só, não se constitui em irregularidade, a falha da Comissão de Licitação adveio da ausência de concessão à licitante do direito de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Também, não se despreza a preocupação externada pela administração ao visar atingir o objeto da licitação, associando a menor lance dentro ao melhor preço sem comprometimento da exequibilidade (fl. 1910).

[...]

Nessa esteira, não se mostrando restritiva à competitividade a exigência da declaração, ante a inexistência de danos ao erário (item 3.2.5, fl. 1890), a Unidade Técnica, s.m.j, manifestou-se pela expedição de determinação à Comissão de Licitação e à Administração Municipal (Prefeito, Procurador e Controladoria Municipal) para, antes de decidir-se pela desclassificação, a comissão oportunize à licitante demonstrar a viabilidade do seu preço. Se demonstrada a viabilidade, mesmo estando o preço ofertado não alinhado aos critérios de avaliação previstos no art. 48, §1º, da Lei n.º 8.666/93, a Administração necessariamente deverá classificar a proposta.” (fl. 2.235/2.236)

O *Parquet*, por sua vez, em parecer conclusivo (peça SGAP n.º 21, código 2282613), destacou que a exigência indiscriminada da referida declaração a todos os licitantes não é razoável, tratando-se de formalismo desnecessário e potencialmente violador da ampla competitividade.

Acrescentou que o prejuízo à competitividade do certame foi concretizado com a desclassificação da licitante Auto Elétrica Evangelista Ltda.-ME, por não ter apresentado a referida declaração, e salientou o indeferimento do pedido para juntá-la durante a cerimônia de abertura e julgamento, conforme a respectiva ata (fls.1639/1643).

Destacou, por fim, que uma declaração dessa natureza só poderia ser exigida se houvesse indícios justificados, garantindo-se ao licitante desclassificado o exercício do contraditório e da ampla defesa, antes da inabilitação.

Como bem salientado pelo Órgão Ministerial, houve, no caso concreto, prejuízo à competitividade, consubstanciado pela inabilitação de um participante do certame. Ressalto que a inabilitação direta do licitante contraria, inclusive, a própria lógica do Pregão, como bem destacado por Marçal Justen Filho:

“Uma das características do pregão reside precisamente na chamada ‘inversão das fases’, que consiste no exaurimento da etapa competitiva e no exame das condições de licitação exclusivamente em face do licitante que apresentou a proposta aparentemente mais vantajosa.” (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 535)

Ademais, o indeferimento do pedido para que a declaração fosse juntada no ato da sessão de julgamento se deu por rigorismo processual, sob o argumento de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Todavia, conforme já suscitado em outro tópico, é aplicável o princípio do formalismo moderado em favor da tutela da ampla competitividade e da obtenção da proposta mais vantajosa.

Some-se que os requisitos elencados no art. 27 e seguintes da Lei n.º 8.666/93, para fins de habilitação, constituem rol *numerus clausus*, de maneira que a exigência de declaração ali não prevista é, antes de mais nada, contrária à lei.

Destaco, por fim, que a presunção de inexecutabilidade, oriunda do cálculo previsto no § 1º do art. 48 da Lei de Licitações, é relativa. Em face disso, independentemente de sua adoção como mais um elemento para subsidiar a atuação da comissão de licitação no julgamento das ofertas, faz-se necessário oportunizar ao licitante que demonstre o contrário, preceito que encontra respaldo no Enunciado n.º 262 da Súmula do Tribunal de Contas da União:

“O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei n.º 8.666/93 **conduz a uma presunção relativa de inexecutabilidade de preços**, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta.” (Destaquei)

Isso posto, considero irregular a inabilitação sumária em face da não apresentação da declaração referenciada, não prevista em lei, e julgo procedente a denúncia neste ponto, com aplicação de multa individual de R\$1.000,00 ao Prefeito Municipal, Sr. Cláudio José Santos Rocha, e à Pregoeira, Sra. Meirilane Moreira Flores.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto, em face das irregularidades confirmadas no Processo Licitatório n.º 21/2018, Pregão Presencial n.º 16/2018 – Sistema de Registro de Preços, manifesto-me pela procedência parcial da denúncia e, com amparo no disposto no art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/08, aplicação de multas aos responsáveis, sendo:

- a) R\$2.000,00 (dois mil reais) ao Prefeito Municipal, Sr. Cláudio José Santos Rocha, e R\$1.000,00 (mil reais) à Pregoeira, Sra. Meirilane Moreira Flores, em face da ausência de justificativa para a quantificação do objeto, em grave ofensa ao disposto no art. 15, §7º, II, da Lei Nacional n.º 8.666/93 (item 02); e
- b) R\$1.000,00 (mil reais) ao Prefeito Municipal, Sr. Cláudio José Santos Rocha, e R\$1.000,00 (mil reais) à Pregoeira, Sra. Meirilane Moreira Flores, em razão da exigência de declaração não prevista em lei e inabilitação sumária, com base nela, de empresa proponente, com grave infração do disposto no art. 3º, da Lei n.º 8.666/93 (item 06).

Recomendo ainda aos gestores do órgão que, em futuras licitações:

- a) Independentemente da modalidade e inclusive nos casos de contratação direta, faça-se constar na solicitação do demandante e no termo de referência ou projeto básico a justificativa da quantificação da demanda;
- b) Exija-se a apresentação de atestados de capacidade técnica em consonância com o disposto no art. 30, II, da Lei Geral de Licitações e Contratos; e
- c) Seja oportunizada a demonstração de viabilidade da proposta presumidamente inexequível antes da desclassificação de licitantes.

Intimem-se denunciante e denunciados, por diário oficial e via postal.

Transitado em julgado o *decisum* e findos os procedimentos pertinentes, archive-se o processo, nos termos do art. 176, I, regimental.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Com o Relator, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Também com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Quanto ao valor da multa proposta na alínea “a” da parte dispositiva da proposta de voto do Relator, entendo que deve ser de R\$1.000,00 para cada um dos agentes públicos ali nominados, em homenagem ao princípio da isonomia, porquanto eles estão sendo apenados pela mesma irregularidade.

No mais, acolho a proposta de voto do Relator.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Senhor Presidente, vou aderir à divergência proposta por Vossa Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

Porque, nesse caso, é uma irregularidade só.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

Correto. É isso mesmo.

CONSELHEIRO MAURI TORRES:

Eu também vou rever e acompanhar a divergência de Vossa Excelência, que foi acolhida pelo Relator.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Também de acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

FICA APROVADA A PROPOSTA DE VOTO DO RELATOR, COM A RETIFICAÇÃO DO VALOR DA MULTA CONSTANTE DA ALÍNEA “a” PARA R\$1.000,00 PARA CADA UM DOS AGENTES PÚBLICOS ALI NOMINADOS.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

sb/fg

