

Processo: 1015600
Natureza: EDITAL DE LICITAÇÃO
Órgão: Prefeitura Municipal de Pratápolis
Responsável: José Eneido Modesto
Procuradores: Daniel Aparecido Amorim OAB/MG 93.404; Marcelo Moragas Puglia OAB/MG 93.567
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 3/2/2022

EDITAL DE LICITAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM SERVIÇOS DE ORGANIZAÇÃO, PLANEJAMENTO, OPERACIONALIZAÇÃO E EXECUÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO E PROCESSO SELETIVO. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS. JULGAMENTO PELO MAIOR DESCONTO. EXIGÊNCIA DE CÓPIA DO CONTRATO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. VISTO EM ATESTADOS REGISTRADOS EM OUTROS CONSELHOS REGIONAIS DE ADMINISTRAÇÃO. ÍNDICES CONTÁBEIS E ESCLARECIMENTOS QUANTO AO VALOR DE CAPITAL SOCIAL. AVALIAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. PREVISÃO DE REMUNERAÇÃO FIXA E VARIÁVEL. IRREGULARIDADES. RECOMENDAÇÕES. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. A necessidade da pesquisa de preços de mercado decorre de imposição legal, conforme art. 43, IV; art. 15, V e § 1º; art. 16; art. 24, VIII, XX e XXIII, todos da Lei 8.666/93; art. 7º, III, da Lei n. 14.167/02, e art. 4º, XX, “b”, do Decreto n. 44.786/08, dispositivos que determinam que a Administração deve realizar licitações balizadas pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública ou do mercado, mediante ampla pesquisa.
2. O critério de aceitabilidade baseado no maior desconto é admitido apenas excepcionalmente, e desde que amparado em ampla pesquisa de preços que ampare os descontos ofertados.
3. É irregular a exigência de cópia do contrato para fins de comprovação da qualificação técnica, por se tratar de documento estranho ao rol do artigo 30 da Lei n.8.666/93.
4. A exigência de visto do CREA-MG em certidões emitidas por outra unidade da federação restringe indevidamente a competição, em afronta ao artigo 3º, §1º, I da Lei 8.666/93.
5. É imprescindível especificar nos instrumentos convocatórios de licitação as condições para avaliação da qualificação econômico-financeira nos termos do art.31 da Lei n.8.666/93.
6. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, nos termos dos artigos 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006.

7. Nas contratações de empresa para realização de concurso público, a Administração Pública deve prever no edital e no contrato, alternativamente, valor fixo ou variável como forma de remuneração.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I)** julgar irregular o Pregão Presencial n. 017/2016 deflagrado pela Prefeitura Municipal de Pratápolis em razão dos seguintes apontamentos:
- a)** ausência de pesquisa de preços de mercado, contrariando o disposto nos arts. art. 43, IV; art. 15, V e § 1º; art. 16; art. 24, VIII, XX e XXIII, todos da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente a Lei n.10.520/02;
 - b)** julgamento pelo critério de maior desconto, injustificadamente, e sem amparo na devida pesquisa de preços;
 - c)** exigência de cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestados exigidos para fins de qualificação técnica, em contrariedade ao art.30 da Lei n.8.666/93;
 - d)** exigência na fase de habilitação de visto em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de administração;
 - e)** ausência dos índices contábeis no edital e de esclarecimentos quanto ao valor de capital social ou patrimônio líquido a ser comprovado estabelecido no item de qualificação econômico-financeira;
 - f)** ausência de previsão de tratamento diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), em desacordo com as exigências previstas nos art. 47 e 48 da Lei Complementar n. 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar n. 155/2016;
 - g)** previsão de remuneração fixa e variável de forma cumulativa, contrariando as consultas expedidas por esta Corte de Contas;
- II)** deixar de responsabilizar o Sr. José Eneido Modesto, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”, nos termos da fundamentação desta decisão;
- III)** recomendar aos atuais gestores da Prefeitura Municipal de Pratápolis, que, nos procedimentos licitatórios futuros:
- a)** atentem para a indispensabilidade, na fase interna da licitação, de cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado;
 - b)** observem os casos que autorizam a Administração valer-se do julgamento pelo maior desconto nas licitações; realizando ampla pesquisa de preços na fase interna do certame que ampare os descontos ofertados;
 - c)** abstenham de exigir contratos para certificar os atestados de qualificação técnica, em consonância com o art. 30 da Lei 8.666/93;

- d) abstenham de exigir visto do CRA/MG, na fase de qualificação técnica, em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração;
 - e) especifiquem nos instrumentos convocatórios de licitação as condições para avaliação da qualificação econômico-financeira nos termos do art.31 da Lei n.8.666/93;
 - f) observem os mandamentos do art. 47 e 48 da Lei Complementar n.123/06;
- IV)** determinar a intimação das partes do teor desta decisão nos termos do art. 166, § 1º, I, do Regimento Interno desta Corte;
- V)** determinar o arquivamento dos autos, nos termos do art.176, inciso I, do RITCMG, após tomadas as providências cabíveis.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 3 de fevereiro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 3/2/2022

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Edital de Licitação referente ao Processo Licitatório n. 075/2016 – Pregão Presencial n. 017/2016 (fls. 09), deflagrado pela Prefeitura Municipal de Pratápolis, visando a “Contratação de empresa especializada em serviços de organização, planejamento, operacionalização e execução de Concurso Público e Processo Seletivo, com a elaboração, impressão e aplicação de provas, para o provimento de cargos efetivos e temporários de nível fundamental, médio e superior para provimento de cargos da Prefeitura Municipal de Pratápolis – MG e do SAEE – Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Pratápolis – MG”.

Em 28/06/2017, a Sra. Denise Alves de Souza Neves, Prefeita Municipal à época, encaminhou a esta Corte de Contas o Edital de Licitação em tela, em cumprimento à determinação contida nos autos do Edital de Concurso Público n. 997.739 (fl. 223).

Protocolizados nesta Corte de Contas em 28/06/2017 (fl.01) e autuados como Edital de Licitação, nos termos do despacho de fl. 225, foram os autos distribuídos à minha relatoria em 20/07/2017 (fl. 226).

Em despacho de fl. 227, encaminhei os presentes autos à Coordenadoria de Fiscalização dos Município que se manifestou às fls. 228/238, concluindo pelas seguintes irregularidades:

- 1) Justificativa da necessidade de contratação insuficiente e incompleta;
- 2) Não consta dos autos a pesquisa de preços do objeto licitado;
- 3) Julgamento pelo menor preço global adotando o critério de desconto por parte do fornecedor
- 4) Ausência da solicitação do documento de identidade, no caso de pessoa física (habilitação jurídica) bem como da prova de Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF (regularidade fiscal);
- 5) Exigência da cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestado exigidos;
- 6) Exigência de visto em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração;
- 7) Exigência de alvará ou licença de funcionamento;
- 8) Ausência dos índices contábeis no edital e esclarecimentos quanto ao valor de capital social ou patrimônio líquido a ser comprovado estabelecido no item da qualificação econômico-financeira;
- 9) Cláusula renovando o contrato por igual período até o limite de 60 meses
- 10) Não prevê a necessidade de cláusula impondo obrigação de o contratado manter as obrigações por ele assumidas e as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação;
- 11) Ausência de tratamento diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

Em despacho de fl. 240, encaminhei os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que em seu parecer de fls.242/249, realizou aditamento ao presente processo, apontando irregularidade na forma de remuneração da instituição contratada para a realização

do concurso público, estabelecida nos itens 2 e 3.4 do Termo de Referência do Edital, fls. 24/25.

Ao final, requereu a citação do Sr. José Eneido Modesto, Prefeito Municipal à época e da Sra. Denise Alves de Souza Neves, atual gestora, para manifestação dos apontamentos realizados pela Unidade Técnica e do *Parquet*.

Em despacho de fls. 250/250v, determinei a citação do Sr. José Eneido Modesto, Prefeito Municipal de Pratápolis à época, para apresentação de defesa e/ou documentos acerca dos apontamentos constantes nos autos, especialmente na análise técnica de fls. 228/238 e no parecer ministerial de fls. 242/249.

Na oportunidade, determinei, ainda, a intimação da Sra. Denise Alves de Souza Neves, atual gestora Municipal, considerando o parecer do *Parquet*, para que informasse se, de fato, só houve um pagamento no montante de R\$57.646,29 (cinquenta e sete mil, seiscentos e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos) para a empresa contratada, como localizado no SICOM, a despeito do cronograma estipulado na cláusula 2.2.3 do Contrato n. 080/2016, bem como que se detalhasse a composição do referido valor.

Nos termos do despacho de fl. 256, determinei a juntada aos presentes autos da documentação encaminhada pela Sra. Denise Alves de Souza Neves, fls. 258/346.

O Sr. Eneido Modesto em cumprimento ao despacho de fls. 250/250v, encaminhou a documentação de fls.351/388.

Ato contínuo, foram os autos encaminhados à 1 Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para análise da documentação encaminhada pelos responsáveis, que se manifestou às fls. 391/397, concluindo pela permanência das seguintes irregularidades:

- 1) Não consta dos autos a pesquisa de preços do objeto licitado;
- 2) Ausência da solicitação do documento de identidade, no caso de pessoa física (habilitação jurídica) bem como da prova de Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF (regularidade fiscal);
- 3) Exigência da cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestado exigidos;
- 4) Exigência de visto em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração;
- 5) Exigência de alvará ou licença de funcionamento;
- 6) Ausência dos índices contábeis no edital e esclarecimentos quanto ao valor de capital social ou patrimônio líquido a ser comprovado estabelecido no item da qualificação econômico-financeira;
- 7) Previsão de remuneração fixa e variável de forma cumulativa.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em seu parecer de fls. 399/401, opinou pela irregularidade do Edital de Licitação, bem como pela aplicação de multa ao Sr. Jose Eneido Modesto, Prefeito Municipal à época.

Ademais, opinou pela expedição de determinação ao Município de Pratápolis para que nos futuros certames não incorra nas irregularidades constatadas.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo à análise dos exames técnicos realizados pela 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, da defesa apresentada pelos responsáveis e dos pareceres do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

II. 1 – Da Justificativa da necessidade da contratação insuficiente e incompleta.

Em manifestação às fls. 229/229v, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios entendeu, em síntese, que a justificativa para a necessidade da contratação que a Administração almeja (fl. 33), se encontra incompleta e insuficiente, amparado pelos comentários de Jorge Ulisses Jaboby Fernandes, *in* Sistema de Registro de Preços e Pregão, Belo Horizonte, Fórum, 2003.

Às fls. 353/354, o Prefeito Municipal de Pratápolis à época, Sr. José Eneido Modesto, argumentou, em síntese, que a realização do concurso público foi necessária, tendo em vista que o último concurso realizado tinha ocorrido no ano de 2005 e, posteriormente, as contratações se deram através de contratação temporária até o ano de 2012.

Ademais, salientou que:

[...] para o início da gestão 2013/2016 foi necessário a aprovação da Lei nº 1.742/2013, em caráter de urgência, já no primeiro dia da nova gestão, para realização de contratação temporária até a realização de concurso público.

O concurso público que teve início em 2016 e que é objeto de discussão, foi justamente para suprir as vagas que estavam sendo ocupadas por contrato temporário e por outras vagas que foram abertas para dar cumprimento aos atendimentos necessários à população.

Registramos ainda, que a realização do concurso público também foi objeto de uma Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público para encerrar as contratações temporárias, já que a regra na Administração Pública é o Concurso Público.

Assim temos que, além de estarmos dando cumprimento a Constituição Federal na realização do concurso público, havia necessidade no preenchimento dos cargos que estavam vagos, em razão de falecimentos, aposentadoria e pedido de exoneração por parte de servidores.

A Unidade Técnica se manifestou às fls. 391v/392 e entendeu que as justificativas necessárias à contratação apresentadas pelo defendente nesta oportunidade, deveriam ter sido apresentadas no procedimento licitatório para os possíveis interessados em participar do certame.

Ademais, entendeu que “efetivamente a Administração Municipal apresentou nos autos do processo em análise justificativa da necessidade da contratação insuficiente e incompleta em desacordo com o estabelecido no art. 3º, inciso I, da Lei 10.520/2020, e apesar de permanecer a irregularidade, contratação dessa natureza se justificam pelo próprio ato”.

Ao final, concluiu a Unidade Técnica pela recomendação ao gestor para que se atente as formalidades estabelecidas na Lei nº 10.520/2020.

Compulsando os autos, verifico Memorando de 24/05/2016, fl.05, em que o então Prefeito solicita providências para realização de processo licitatório para contratação de empresa especializada em serviços de organização, planejamento, operacionalização e execução de concurso público e processo seletivo para o provimento de cargos efetivo e temporário de nível fundamental, médio e superior para provimento de cargos da Prefeitura Municipal e do SAAE.

Além disso, foi apresentada justificativa às fls. 353/354, na qual destaco a apresentação da Lei nº 1.742/2013, fls.367/370, que dispõe sobre a contratação temporária emergencial, e conforme a defesa:

O concurso público que teve início em 2016 e que é objeto de discussão, foi justamente para suprir as vagas que estavam sendo ocupadas por contrato temporário e por outras vagas que foram abertas para dar cumprimento aos atendimentos necessários à população(...)

Desta feita, afasto a irregularidade, por entender que as justificativas trazidas aos autos são suficientes para demonstrar a necessidade da contratação.

II. 2 – Ausência de pesquisa de preços do objeto licitado.

A Unidade Técnica se manifestou às fls. 229/230 e entendeu, em síntese, que conforme previsto no art. 43, IV, da Lei Federal n. 8.666/93 e no art. 3º, I e III, da Lei n. 10.520/02 é indispensável que se faça, na fase interna da licitação, cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado.

O defendente se manifestou à fl. 354, argumentando que embora a Comissão de Licitação não tenha realizado a cotação de preços, no Anexo I, a Comissão limitou o valor a ser cobrado pelas inscrições e no Anexo II, limitou no valor de até R\$10.000,00 (dez mil reais) para a empresa que se dispusesse a participar da licitação, para organização e planejamento do concurso público.

Na oportunidade, o defendente registrou que empresa CONSESP CONCURSOS RESIDÊNCIAIS MÈDICAS, AVALIAÇÕES E PESQUISAS LTDA., foi a vencedora do certame, apresentando o valor de R\$43.485,38 (três mil quatrocentos e oitenta e cinco reais e trinta e oito centavos), valor este abaixo do valor estimado pela Comissão no Anexo II, do edital.

A Unidade Técnica se manifestou à fl. 392 e entendeu que permanece a irregularidade quanto a esse apontamento, tendo em vista que o responsável apenas confirmou a ausência de pesquisa de preço, efetuada na fase interna do certame e obrigatória em qualquer processo de licitação.

Inicialmente cumpre informar que apesar de não haver comando legal que determina o método para a realização da estimativa, é entendimento desta Corte de Contas, bem como do TCU, que devem ser tomados, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos. Trata-se de um mínimo, de maneira que o gestor deve se valer de quantos orçamentos forem necessários para estimar os valores com a maior precisão possível, compondo uma “cesta de preços aceitáveis”, devendo ser excluídas da estimativa as fontes de pesquisa e valores que não representem a realidade de mercado.

O TCU, inclusive, tem responsabilizado agentes públicos pela superestimação de preços na elaboração de orçamento estimativo, a exemplo do acórdão 403/2013, da Primeira Câmara, de relatoria do ministro Walton Alencar Rodrigues, do qual extraio o trecho que se segue:

Trata-se de representação da 2ª Secex acerca de irregularidade na elaboração do orçamento estimativo de preços para contratação de serviço de manutenção predial, objeto do Pregão Eletrônico 47/2010, da Coordenação-geral de Recursos Logísticos do Ministério da Fazenda.

A estimativa de preços que integrou o projeto básico do certame revelou-se superestimada, porque os valores dos serviços objeto da contratação foram calculados a partir de orçamentos com grande variação de preços.

Sobre o tema, assim se manifestou a unidade técnica, in verbis (peça 7):

“26. Essa constatação pode ser verificada pelo fato do orçamento elaborado com base em consultas que apresentam grandes variações de preços, suficientes para se afirmar que a média desses preços não se presta para representar os preços praticados no mercado, e, ainda, pelo fato da proposta vencedora (R\$ 3.292.668,90) ser de valor cerca de duas vezes menor do que aquele estimado pela COGRL e que consta do edital (R\$ 6.423.490,12).” (Grifei)

Indispensável que a Administração avalie, de forma crítica, a pesquisa de preço obtida junto ao mercado, em especial quando houver grande variação entre os valores a ela apresentados.

Nesse sentido a ementa do Acórdão 1.108/2007, Plenário, in verbis:

“Não é admissível que a pesquisa de preços de mercado feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados, máxime quando observados indícios de preços destoantes dos praticados no mercado.”

Nesse sentido, registro que a necessidade da pesquisa de preços de mercado decorre de imposição legal, conforme art. 43, IV; art. 15, V e § 1º; art. 16; art. 24, VIII, XX e XXIII, todos da Lei 8.666/93; art. 7º, III, da Lei nº 14.167/02, e art. 4º, XX, “b”, do Decreto nº 44.786/08, dispositivos que determinam que a Administração deve realizar licitações balizadas pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública ou do mercado, mediante ampla pesquisa. Daí decorre que a realização de licitação sem a realização de pesquisa de preços constitui ilegalidade.

No presente caso, nota-se que a Comissão de Licitação não realizou nenhuma pesquisa de preços do objeto a ser contratado para aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado, mas, apenas limitou o valor a ser cobrado pelas inscrições e no Anexo II, limitou o valor de até R\$10.000,00 (dez mil reais) para a empresa que se dispusesse a participar da licitação, para organização e planejamento do concurso público.

Desse modo, considerando a ausência de pesquisa de preços do objeto a ser licitado, entendo que restou configurada a irregularidade apontada pela Unidade Técnica.

Todavia deixo de responsabilizar o gestor, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Considerando os Princípios da Celeridade e da Economicidade e ainda o resultado útil do processo, deixo de converter os autos em diligência para citar os agentes responsáveis.

Recomendo ao atual gestor que se atente para a indispensabilidade na fase interna da licitação de cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado.

II. 3 – Julgamento pelo menor preço global adotando o critério de desconto por parte fornecedor.

Em síntese, a Unidade Técnica se manifestou às fls. 230/231 e entendeu que no critério de desconto por parte do fornecedor é irregular, uma vez que o objeto a ser contratado não se enquadra nos casos que autorizam a Administração valer-se do julgamento pelo maior desconto nas licitações.

O defendente se manifestou às fls. 354/355, e argumentou, em síntese que o critério de menor preço adotado no julgamento da presente licitação se refere apenas a proposta na parte que fora fixada em R\$10.000,00 (dez mil reais) que era para a organização e planejamento do

concurso, que teve como vencedora a empresa CONSESP CONCURSOS, RESIDÊNCIAS MÉDICAS, AVALIAÇÕES E PESQUISAS LTDA, com a proposta no valor de R\$3.485,38, pois em relação a outra parte no Anexo I ficou determinado os valores que seriam cobrados para inscrição de acordo com o nível do vencimento do cargo.

A Unidade Técnica se manifestou à fl. 392v, e entendeu que:

As justificativas apresentadas pelo responsável não esclarecem a irregularidade destacada no item 3.1 do edital que estabelece como condições necessárias para a execução do objeto “Desconto Geral”, que conforme analisado às fls. 230 a 231, não se mostra adequada ao objeto da contratação. Contudo importa registrar que no julgamento da proposta foi adotado o maior preço global.

Ao final, concluiu a Unidade Técnica pela recomendação ao gestor atual para que nas escolhas da modalidade e tipo de licitação, sejam observadas as disposições legais pertinentes.

Inicialmente cumpre esclarecer que o julgamento com base no maior desconto é, na verdade, uma técnica de critério de julgamento para uma licitação do tipo menor preço. No caso presente caso, nota-se à f. 24, no item 3.1, que trata sobre o desconto geral, o tipo da licitação é o menor preço global.

Conforme o artigo: Definição e aplicação do julgamento com base no maior desconto, disponível no Blog Zênite, (<http://www.zenite.blog.br/definicao-e-aplicacao-do-julgamento-com-base-no-maior-desconto/>):

Na aplicação desse critério, o menor preço é apurado em razão de desconto oferecido pelos licitantes sobre o parâmetro de preços definido pela Administração no ato convocatório. Assim, quem oferece o maior desconto é considerado o vencedor do certame.

Por apresentar uma sistemática diversa daquela inerente ao menor preço previsto no art. 45, § 1º, inc. I da Lei nº 8.666/93, o critério de aceitabilidade baseado no maior desconto é admitido apenas excepcionalmente, nos casos em que:

- (a) a Administração não tiver condições de definir quais serão os objetos e seus respectivos quantitativos, a exemplo do que ocorre na contratação de peças para veículos e equipamentos em geral;
- (b) os particulares atuam na condição de intermediário, sem poder para compor preços dos produtos que repassam à Administração Pública contratante, restando-lhes se diferenciarem competitivamente por meio de descontos incidentes sobre as comissões recebidas pelas vendas efetuadas.

Ao utilizar o maior desconto como critério de aceitabilidade de preços em licitação, a Administração deve adotar medidas tendentes a diminuir o risco de fraudes e majoração de preços alheias ao controle da Administração, visto que as tabelas de preços utilizadas como parâmetro nessas hipóteses são, normalmente, prefixadas pelo próprio fabricante.

Sobre a aplicabilidade do critério de maior desconto, trago à baila trecho do acórdão proferido pela Primeira Câmara n o dia 20/11/2018, de relatoria do Conselheiro Durval Ângelo:

A licitação realizada mediante pregão para registro de preços com adoção do maior desconto como critério de julgamento merece uma análise detalhada de sua viabilidade. Assim, as regras precisam estar bem explicitadas no edital e deve ser feita, na fase interna do certame, ampla pesquisa de mercado, tanto em mídia especializada como em contratações similares e, por fim, com fornecedores, para levantamento de cotações com critérios bem fundamentados. Isso se mostra essencial para a análise do desconto a ser praticado e para se chegar realmente ao menor preço, devendo ainda a Administração definir a incidência do desconto no preço global ou unitário, haja vista que a ausência de

tais regras no instrumento convocatório pode ocasionar maior vulnerabilidade a fraudes e majorações de preço no decorrer da execução do contrato.

A jurisprudência do TCU não está pacificada sobre o tema, haja vista o surgimento de variantes praxes para aplicação do critério de julgamento do menor preço aferido pela oferta de desconto. Além do maior ou menor desconto, há de ser avaliado se este desconto será linear ou não linear, sobre preço global ou unitário ou ainda, sobre o maior desconto resultante. Vejamos dois acórdãos do TCU sobre o tema:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES. 1. O julgamento de propostas feito com foco no desconto a incidir sobre determinada tabela de preço prefixada, apesar de se enquadrar como licitação do tipo menor preço, deve se restringir aos casos de contratação em que o parâmetro de menor preço seja econômica e operacionalmente inviável, uma vez que aquele critério apresenta maior vulnerabilidade a fraudes e a majorações de preço alheias ao controle da administração pública. (Acórdão 818/2008- segunda Câmara- processo 012.787/2006-2, Relator Aroldo Cedraz, sessão 01/04/2008) (g.n.) REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS DE PREÇOS BASEADO NO MAIOR DESCONTO LINEAR SOBRE TODOS OS ITENS ORÇADOS. UTILIZAÇÃO DO PREGÃO PRESENCIAL, EM VEZ DO ELETRÔNICO. DESARMONIA COM A LEGISLAÇÃO. TERMOS EMPREGADOS SEM BOA PRECISÃO EM CLÁUSULAS DO EDITAL. NECESSIDADE DE TORNÁ-LOS CLAROS. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Não se admite, em processo licitatório, o uso de critério de julgamento de propostas de preços fundado no maior desconto linear (uniforme) oferecido sobre todos os itens do orçamento, por chocar-se com o sistema de mercado infundido na Lei nº 8.666/93, bem como por configurar tipo de licitação extralegal, que nem sempre se traduz no menor preço obtível, além de, no caso de registro de preços, contrariar disposições do Decreto nº 3.931/2001, salvo nos casos excepcionais previstos no § 1º do art. 9º deste regulamento. 2. O pregão eletrônico é obrigatório para licitações que visam à aquisição de bens e serviços comuns, só não sendo utilizado se, comprovada e justificadamente, nos termos do Decreto nº 5.450/2005, houver inviabilidade, que não se confunde com a opção discricionária. (Acórdão 1700/2007- Plenário – processo 024.939/2006-9, Relator Marcos Vinícios Vilaça, sessão 22/08/2007))

Da leitura dos excertos acima, tiramos algumas conclusões sobre o apontamento trazido pela denunciante. A primeira, é que o maior desconto como critério de julgamento somente pode ser utilizado nas licitações efetuadas na modalidade Pregão e pelo Sistema de Registro de Preço por força dos dispositivos contidos no art. 9º da Lei n. 10.520/02 e do Decreto Federal n. 7.892/2013 (Sistema de Registro de Preços). O referido decreto regulamentou o tema na esfera federal, permitindo que o tema seja disciplinado na esfera municipal, por não se tratar de regra geral. Na ausência de norma própria, a referência fica sendo, então, a regra federal. A segunda, é que nesse tipo de julgamento deve haver ampla pesquisa de mercado, nos termos acima mencionados, a ser feita na fase interna da licitação, permitindo analisar se a licitação realizada na modalidade pregão foi do tipo menor preço e se esse resultado foi alcançado com a utilização do critério de julgamento da oferta de desconto. Cumprida essas premissas, é necessário avaliar se os critérios utilizados proporcionaram a viabilidade da contratação pelo menor preço.

Em alinhamento com o julgado supra citado, entendo que a utilização do critério de aceitabilidade baseado no maior desconto é admitido apenas excepcionalmente, e

fundamentado e desde que amparado em ampla pesquisa de preços, o que, conforme explicitado no item II.2 não foi feito.

Todavia deixo de responsabilizar o gestor, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

Considerando os Princípios da Celeridade e da Economicidade e ainda o resultado útil do processo, deixo de converter os autos em diligência para citar os agentes responsáveis.

Alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica pela recomendação ao gestor para se atente aos casos que autorizam a Administração valer-se do julgamento pelo maior desconto nas licitações, realizando ampla pesquisa de preços na fase interna do certame que ampare os descontos ofertados

II. 4 – Ausência da solicitação do documento de identidade, no caso de pessoa física (habilitação jurídica) bem como da prova de Inscrição no Cadastro de Pessoa.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios se manifestou às fls. 231/232, entendendo como irregular a ausência da solicitação do documento de identidade, no caso de pessoa física (habilitação jurídica) bem como da prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF – regularidade fiscal) no Edital de Licitação, Pregão Presencial n. 017/2016, Processo Licitatório n. 075/2016.

O defendente argumentou quanto a esse apontamento às fls. 355/356, em síntese, que embora a Comissão de Licitação não tenha notado que a empresa vencedora do certame não tenha anexado as cópias do CPF dos sócios e do Documento de Identidade, não restou prejudicado e nem causou prejuízos à Administração Municipal, haja vista que os números estão descritos no contrato social da empresa.

A Unidade Técnica se manifestou às fls. 392v/393, entendendo que não procede a justificativa do defendente, permanecendo a irregularidade apontada na análise preliminar de fls. 231/232, tendo em vista que o edital em tela não exigiu os documentos de identidade, no caso de pessoa física (habilitação jurídica) bem como da prova de Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF (regularidade fiscal) e a empresa vencedora do certame não anexou as cópias do documento de identidade e do cartão de CPF de seus sócios.

Embora ausente no edital Pregão Presencial n. 017/2016 a expressa previsão de solicitação do documento de identidade, no caso de pessoa física (habitação jurídica), bem como da prova de inscrição no CPF (regularidade fiscal), considerando que não houve prejuízo ao certame e que os documentos de identificação estão expressos no contrato social da empresa, fl. 54, afasto a irregularidade.

II. 5 – Exigência da cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestados exigidos.

A Unidade Técnica em manifestação de fls. 232/232v entendeu que a exigência constante no item 8, “q.2”, do edital de licitação, fl. 16, estaria irregular, por exigir a apresentação de atestados técnicos acompanhados de cópia de contrato no referido edital, contrariando o art. 30, da Lei Federal n. 8.666/93.

O defendente se manifestou à fl. 356 e argumentou, em síntese, que embora tal exigência não tenha amparo legal, não há que se falar em irregularidade, tendo em vista que as empresas participantes não questionaram o referido item do Edital e ambas apresentaram os referidos contratos, o que comprova que não houve prejuízo para a realização do processo.

Após análise da justificativa apresentada pelo defendente, a Unidade Técnica se manifestou à fl. 393 e entendeu irregular a exigência da cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestados exigidos, tendo em vista que a Administração não pode fazer exigências que extrapolam o art. 30, da Lei federal n. 8.666/93.

De fato, o item 8 – da Habilitação, “q” e “q.2” do edital, fl. 16, estabelece:

q) Certidão(ões) ou atestado(s) expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou provado, em nome da licitante, comprovando a aptidão para o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, bem como a satisfação quanto à qualidade dos serviços e cumprimento dos prazos contratuais;

[...]

q.2 deverá ser encaminhada cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestados exigidos.

Por oportuno, vale trazer a lume o artigo 30, inciso II e §1º, da Lei de Licitações, que estabelece:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

I - [...]

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. [...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: [...].

A Lei nº 8.666, de 1993, veda, para fins de qualificação técnica, inserida na fase de habilitação, a fixação de exigências de comprovação de atividade ou de aptidão não previstas no texto legal, as quais potencialmente propiciam a exclusão de proponentes no certame, diante da fixação de requisitos de caráter restritivo.

Acerca da matéria, Marçal Justen Filho pondera:

O ato convocatório da licitação deve estabelecer condições que assegurem a seleção da proposta mais vantajosa (de acordo com a concepção de vantajosidade adotada), com observância do princípio da isonomia. É essencial que a adoção de cláusulas ou quaisquer práticas que, de modo parcial ou total, restrinjam, afetem ou dificultem ilegitimamente a competição.

A regra do art. 3º, § 1º, inc. I, significa que todos os possíveis interessados devem ser admitidos a participar e que a vitória de um deles deve resultar da apresentação da proposta mais vantajosa. São inválidas condutas ativas ou omissivas adotadas pela Administração Pública, formalmente constantes do ato convocatório ou não, que distorçam a competição. Nenhum licitante pode obter vantagem injustificáveis ou enfrentar desvantagens indevidas na competição.

[...]

Não há impedimento à previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares.

Portanto, a invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação e com os critérios de seleção da proposta mais vantajosa. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF (“(...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”). A incompatibilidade poderá derivar de a restrição ser excessiva ou desproporcionada às necessidades da Administração. Poderá, também, decorrer da inadequação entre a exigência e as necessidades da Administração.

O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir.

[...]

A Lei reprime a redução da competitividade do certame derivada de exigências desnecessárias ou abusivas. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª edição, Editora Dialética: São Paulo, p. 80 e 81).

Desse modo, como é cediço, não podem ser toleradas condições não previstas em lei ou que desbordem do razoável, as quais podem resultar em preferência ou benefício de determinados licitantes em detrimento de outros potenciais interessados em participar do certame.

Assim, entendo que exigir “cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestados exigidos”, fl. 16, afronta o disposto no art. 30 da lei de Licitações, bem como os princípios da competitividade e da isonomia.

Todavia deixo de responsabilizar o gestor, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Considerando os Princípios da Celeridade e da Economicidade e ainda o resultado útil do processo, deixo de converter os autos em diligência para citar os agentes responsáveis.

Recomendo ao atual gestor que abstenha de exigir contratos para certificar os atestados de qualificação técnica, em consonância com o art. 30 da Lei 8.666/93.

II. 6 – Exigência de visto em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração.

Em manifestação às fls. 232v/233v, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios entendeu que a alínea “p”, do subitem 8.1, do edital, fl. 16, estaria irregular por exigir visto em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração, contrariando as jurisprudências do TCU, que tem entendido que somente no momento da contratação da licitante vencedora é que a entidade poderá exigir a comprovação de inscrição junto ao órgão de fiscalização profissional do local onde o serviço será prestado.

O defendente se manifestou às fs. 356/357 e salientou que:

[...] a empresa participante Exame Auditores & Consultores Ltda – EPP, e que fora desclassificada, tem sede na cidade de Belo Horizonte, porém não apresentou o acervo técnico registrado junto ao Conselho de Administração do Estado de Minas Gerais e não questionou a documentação da empresa declarada vencedora CONSESP CONCURSOS, RESIDÊNCIAS MÉDICAS, AVALIAÇÕES E PESQUISAS LTDA., a qual tem sede no Estado de São Paulo e apresentou o acervo registrado junto ao Conselho de Administração do Estado de São Paulo.

A Unidade Técnica se manifestou às fls. 393/393v e entendeu que a exigência contida no item 8.1, “p” do edital, estaria irregular por ser exigida no momento da fase de habilitação, contrariando o entendimento firmado pelo TCU de tal exigência ocorrer somente no momento da contratação.

Ademais, entendeu a Unidade Técnica que o edital deve estabelecer regras que garantem a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, sendo vedadas cláusulas inadequadas que restringem o caráter competitivo do certame.

Ao final, concluiu pela permanência dessa irregularidade.

Pois bem. Ao tratar da documentação necessária para comprovação da qualificação técnica, o art. 30, I, da Lei n. 8.666/93 prevê que essa limitar-se-á a registro ou inscrição na entidade profissional competente, não especificando que tal registro profissional deva ser junto à entidade profissional da localidade da prestação de serviço, sobretudo porque, independentemente do local, o devido credenciamento dos profissionais já é o bastante para comprovar suas respectivas formações.

Neste sentido, cumpre trazer a lume, jurisprudência quanto a exigência de visto da entidade de classe, em momento anterior à contratação:

TCU – Acórdão 1328/2010 – Plenário – A exigência editalícia – visto do CREA/AL na certidão de registro da licitante, bem como de seu responsável técnico, no CREA de origem/sede – está em desacordo com a legislação pertinente, não podendo a Administração inseri-la como requisito de qualificação técnica. É pacífico o entendimento do TCU de que o instante apropriado para o atendimento de tal requisito é o momento de início do exercício da atividade, que se dá com a contratação e não na fase de habilitação, sob pena de comprometimento da competitividade do certame.

TCU – Acórdão 1908/2008 – Plenário – Rel. Min. Aroldo Cedraz – (...) 14. Tem razão a autora ao considerar que é aplicável apenas ao vencedor do certame a exigência, para licitantes de outro Estado, de visto de registro profissional pelo conselho local, já que se trata de requisito essencial para desenvolvimento regular das atividades, nos termos do art. 69 da Lei 5.194/1996, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo. Não seria correto aplicá-la a todos os participantes, o que representaria um ônus desnecessário e que poderia restringir a competitividade da licitação.

Nota-se que o TCU tem entendido que somente no momento da contratação é que a entidade poderá exigir da vencedora a comprovação de inscrição junto ao órgão de fiscalização profissional do local onde o serviço será prestado:

“... este Tribunal tem jurisprudência firme no sentido de que a exigência de registro ou visto no CREA do local de realização da obra licitada somente dar-se-á no momento da contratação. Nessa linha, cito as Decisões Plenárias 279/1998 e 348/1999, o Acórdão 979/2005-Plenário e o Acórdão 992/2007-Primeira Câmara.

6. O entendimento do Tribunal fundamenta-se no princípio constitucional da universalidade de participação em licitações, impondo-se ao ato convocatório o estabelecimento de regras que garantam a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, vedadas cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame.” (Acórdão nº 772/2009, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz).

Desse modo, alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica e entendo como irregular a exigência na fase de qualificação técnica de visto em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração nos termos do disposto no item 8, subitem 8.1, “q”, fl. 16.

Todavia deixo de responsabilizar o gestor, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

Considerando os Princípios da Celeridade e da Economicidade e ainda o resultado útil do processo, deixo de converter os autos em diligência para citar os agentes responsáveis.

E recomendo não atual gestor que abstenham de exigir nos futuros procedimentos licitatórios visto do CRA/MG na fase de qualificação técnica em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração.

II. 7 – Exigência de alvará ou licença de funcionamento.

A Unidade Técnica em manifestação de fls. 233v/234 entendeu que a exigência constante na alínea “t” do subitem 8.1, do edital de licitação, fl. 16, que trata sobre apresentação de alvará ou de licença de funcionamento na habilitação em nome do interessado estaria irregular, tendo em vista que tal exigência só poderia ser requerida no momento da contratação.

O defendente manifestou-se à fl. 357 e argumentou que tal exigência não trouxe prejuízo para o andamento do processo, tendo em vista que embora essa exigência seja considerada irregular, nenhuma das empresas questionaram a referida exigência e apresentaram os documentos.

A Unidade Técnica se manifestou às fls. 393v/394, entendendo que pela irregularidade da exigência de alvará ou licença de funcionamento, tendo em vista não ter amparo na legislação, bem como, o edital deve estabelecer regras que garantam a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, sendo vedadas cláusulas inadequadas ou desnecessárias que restrinjam o caráter competitivo do certame.

Inicialmente cumpre informar que esta Corte de Contas já discorreu que a apresentação do Alvará Sanitário é um requisito previsto em legislação específica, enquadrando-se no inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/93, conforme se verifica em Consulta de n. 884787.

Este Tribuna já se pronunciou em relação ao Alvará de Localização, nos seguintes termos, no processo de n. 912357 (fl. 103):

Não vejo empecilho legal **com relação à exigência de alvará de licença para localização e funcionamento no momento da contratação, pois é instrumento do poder de polícia da municipalidade.** Contudo, nem a Lei nº 8.666/93, nem a Lei nº 10.520/02, estabelecem que referido alvará pode ser exigível como documento de habilitação. Verifico, portanto, transgressão ao art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/02, que não prevê o referido alvará de licença como requisito de habilitação. Outrossim, essa cláusula editalícia afronta o princípio da isonomia, previsto no art. 5º da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão. G.N.

Nas denúncias 884787 (Primeira Câmara, 31/10/2017; relatoria do cons. Mauri Torres) e 924098 (Primeira Câmara, 07/02/2017; relatoria do cons. subst. Hamilton Coelho), por exemplo, o Tribunal considerou ser admissível a exigência alvará de localização e funcionamento, como documento de habilitação do licitante, independentemente da natureza das atividades exercidas, por entender que a referida exigência encontra amparo no art. 28, V, da Lei 8.666/1993 e no art. 4º, XIII, da Lei 10.520/2002. Esse também foi o entendimento da Segunda Câmara, na análise do edital de licitação 923917, de relatoria do conselheiro Cláudio Terrão.

Por outro lado, também são diversos os julgados que consideraram irregular a exigência, por ausência de amparo na Lei de Licitações. Como exemplos, cito as decisões proferidas nos

processos 932719 (Segunda Câmara, 27/04/2017; relatoria do cons. Gilberto Diniz), 862389 (Segunda Câmara, 17/12/2013; relatoria do cons. Cláudio Terrão) e 944779 (Primeira Câmara, 10/05/2016; relatoria do cons. Cláudio Terrão).

Após refletir sobre o assunto e considerar todas as posições existentes no âmbito deste Tribunal, filio-me ao entendimento mais recente adotado pela Segunda Câmara, no julgamento do acima citado edital de licitação 923917, por entender que tal compreensão melhor se ajusta ao conceito de interesse público e à finalidade do processo licitatório. Nesse sentido, destaco a seguir trecho do voto proferido naquela assentada pelo relator, conselheiro Cláudio Terrão:

Quanto a regularidade da exigência de Alvará de Localização e Funcionamento - ALF em edital de licitação, reconheço que a jurisprudência deste Tribunal tem sido oscilante, podendo ser identificadas quatro correntes decisórias recentes nas duas Câmaras.

A primeira delas entende que o ALF não está incluído no rol de documentos de habilitação previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 e, por isso, a sua inclusão como exigência no edital do certame é irregular e sujeita o responsável à sanção de multa (Denúncia nº 932.653, Segunda Câmara, Rel. Cons. Wanderley Ávila, sessão de 01/03/18).

A segunda compreende, igualmente, a irregularidade dessa exigência. Porém, deixa de aplicar a penalidade de multa ao responsável, porque considera que se trata de prática corriqueira na Administração Pública, não qualificada pela má fé e da qual não exsurge prejuízos à concorrência (Denúncia nº 1.007.661, Segunda Câmara, Rel. Cons. Gilberto Diniz, sessão de 14/12/17).

Em sentido diverso, há julgamento deste Tribunal em que a exigência de apresentação de ALF para a habilitação foi considerada regular no caso concreto, tendo em vista a peculiaridade do objeto licitado, qual seja, aquisição de alimentos, que tornaria a submissão do licitante à inspeção da Vigilância Sanitária e a obtenção da licença verdadeira condição “*sine qua non* para o exercício da própria atividade profissional, visto que a falta de autorização de funcionamento da empresa nesse ramo de atividade configura infração sanitária, passível de multa e até de fechamento de estabelecimento.” (Denúncia nº 932.541, Primeira Câmara, Rel. Cons. Sebastião Helvecio, sessão de 28/11/17).

Por fim, a última corrente estabelece a regularidade, genérica e abstratamente, da exigência de ALF, porquanto “independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento”. Assim, a sua apresentação “não constitui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe a competitividade do certame, nem causa prejuízo à Administração ou aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial”, encontrando previsão legal no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93 (Denúncia nº 1.031.622, Primeira Câmara, Rel. Cons. Mauri Torres, sessão de 25/09/18).

Inicialmente, filiei-me à primeira dessas linhas jurisprudenciais, na Denúncia nº 1.012.173, de minha relatoria. Inclusive, na oportunidade, destaquei que a exigência do ALF não contava com previsão legal, não tinha correlação com o objeto do certame e afastaria a participação de interessados que, não tendo de antemão a licença, poderiam providenciá-la, caso vencessem a competição.

Entretanto, após detida reanálise da questão, propiciada nos Embargo de Declaração nº 1.071.370, opostos em face da deliberação da Segunda Câmara na sessão do dia 02/05/19,

na Denúncia nº 1.012.173, alterei o entendimento do tema, submetendo-me à força de melhores argumentos, com a seguinte fundamentação:

De plano, admite-se que a redação da parte final do inciso V do art. 28 da Lei nº 8.666/93¹, lida isoladamente, permitiria realmente crer que o ALF estaria expressamente referido como um documento a ser exigido na habilitação jurídica: afinal, trata-se de uma autorização de funcionamento, expedida por órgão competente, em razão da atividade.

Não se olvida que essa primeira impressão poderia ser contraditada pela leitura topográfica da norma, já que essa está inserida em rol de incisos do art. 28, que cuida da habilitação jurídica e possui escopo extremamente restrito. A habilitação jurídica tradicionalmente se refere à capacidade civil do licitante, versando mais sobre Direito Civil e Empresarial do que propriamente de Direito Administrativo². Comprova-o a circunstância de os demais incisos trazerem requisitos como cédula de identidade, registro comercial, ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, etc. Dessa forma, a interpretação do inciso V à luz de seu *caput* conduziria à conclusão de que a mencionada “autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente” seria o ato necessário para conferir capacidade civil à pessoa jurídica, como a autorização do Banco Central para a qualificação de instituição financeira ou da SUSEP para a qualificação de seguradora. O ALF, por conseguinte, estaria excluído do âmbito normativo do art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93, porque não tem qualquer repercussão com a capacidade civil do licitante.

Nada obstante, a interpretação topográfica não é o único cânone hermenêutico possível. Nesse sentido, as lições das Denúncias nº 1.007.661 e 932.541, relatadas pelos conselheiros Gilberto Diniz e Sebastião Helvecio, respectivamente, são relevantíssimas. Na primeira, constatou-se que a exigência de ALF é uma prática corriqueira na Administração Pública, proveniente de interpretação não aberrante da norma legal e da qual não resulta maiores prejuízos à competição. Na segunda, percebeu-se que, diante do caso concreto, a exigência do alvará, longe de constituir irregularidade, era essencial para que o gestor garantisse que o licitante teria condições de executar adequadamente o objeto. Assim, se a *praxis* administrativa revela ser comum a exigência e que essa, a depender do objeto da licitação, pode ser fundamental à consecução dos objetivos do certame, poder-se-ia, desde logo, concluir que a inclusão do ALF nos itens de habilitação nem sempre seria irregular. A regularidade ou irregularidade teria de ser aferida casuisticamente.

Essa seria uma conclusão minimalista³. Penso ser possível levar o raciocínio adiante.

Como demonstrado na Denúncia nº 1.031.622, relatada pelo conselheiro Mauri Torres, o ALF, embora não seja documento essencial para a existência da pessoa física ou jurídica ou para a sua capacidade civil, configura condição essencial para a regularidade jurídica do exercício da atividade econômica no local em que estabelecida. A título exemplificativo, no âmbito de Belo Horizonte, o anexo XII da Lei Municipal nº 9.959/10 traz a classificação das atividades econômicas para fins de obtenção do ALF; o rol é tão extenso que se torna efetivamente inconcebível que alguma atividade econômica não se submeta à sua disciplina normativa, ainda que por analogia. O procedimento de obtenção do alvará pode variar, conforme o impacto urbanístico e/ou ambiental da atividade, mas é

¹ 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**.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 385.

³ Sobre o minimalismo judicial conforme Cass Sunstein, confira-se: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. *O minimalismo judicial de Cass Sunstein e a resolução do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática*. In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 238-263.

certo que qualquer atividade econômica ensejará a necessidade do licenciamento municipal.

Bem compreendida a função do ALF, isto é, de atestar a adequação do estabelecimento aos parâmetros urbanísticos locais, tem-se que a sua ausência implica *ipso facto* na irregularidade do exercício da atividade econômica perante o Município. Sendo assim, não se pode olvidar que a contratação pública, causa imediata do procedimento de licitação, ostenta notória e importante função de fomento da atividade empresarial. Portanto, seria de todo incompreensível e antijurídico que o Estado (*latu sensu*) pudesse se valer de instrumento jurídico-econômico (contrato administrativo) para fomentar e dar continuidade à atuação do particular que se encontra em situação irregular perante o próprio Estado (leia-se, Município). Em fazendo-o, não apenas vai de encontro à própria regulamentação jurídica que pretende fazer observar, como submete o interesse público primário a risco, uma vez que o contratado que não possui ALF está sujeito à interdição de seu estabelecimento pelo órgão competente, o que poderia levar à paralisação da execução contratual.

Por essas razões, é acertada a última corrente jurisprudencial citada, para a qual o ALF deve ser exigido como requisito de habilitação jurídica, independentemente do objeto da licitação, com fundamento no art. 28, inciso V, da Lei nº 8.666/93. Por mais respeitável que seja a interpretação topográfica deste artigo, ela deve ceder à leitura sistemática e teleológica, que melhor harmoniza as funções do procedimento licitatório e do ALF, produzindo melhores consequências na realidade administrativa ao reafirmar a vigência das normas urbanísticas e salvaguardar o interesse público da inexecução contratual.

A questão possui, ainda, outros desdobramentos a serem trazidos em *obiter dicta*. Nos termos da deliberação da Primeira Câmara na Denúncia nº 1.031.622, assentou-se que, “para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante”. Aquele colegiado caminhou na direção certa; sem embargo, parece ter ido longe demais ao vedar *tout court* a restrição espacial-territorial. Não restam dúvidas de que à Administração será vedado restringir, por razões de conveniência e oportunidade, a localização do estabelecimento dos licitantes, o que se mostraria odiosa discriminação, com perdas para a competição. Entretanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, notadamente das peculiaridades do objeto licitado, a restrição pode ser legítima. Dessa forma, parece mais adequado afirmar que, via de regra, a Administração contratante deverá aceitar ALF expedido por qualquer Município do País, devendo as hipóteses excepcionais serem devidamente justificadas mediante exposição das circunstâncias concretas correspondentes.

Dessa forma, estabelecido o novo posicionamento sobre o tema, considero regular a exigência, pelo responsável, de apresentação de alvará ou licença de funcionamento no procedimento licitatório, ressaltando, todavia, que ela deve constar como requisito de habilitação jurídica e não técnica.

II. 8 – Ausência dos índices contábeis no edital e esclarecimentos quanto ao valor de capital social ou patrimônio líquido a ser comprovado estabelecido no item de qualificação econômico-financeira.

Em manifestação às fls. 234/235, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios entendeu, em síntese, que a exigência contida no item 8.1 – “r” e “s” do Edital do Pregão Presencial n. 017/2016, fls. 16/17 estaria irregular, tendo em vista que os índices contábeis não estão expressos bem como as justificativas para a utilização dos índices.

O defendente manifestou-se à f. 357 e salientou que:

Segundo a Comissão de Licitação a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido de R\$10.000,00 (dez mil reais) foi apurado levando em consideração o valor estimado de R\$ 10.000,00 para o menor preço global e a média dos valores de inscrições que foi de R\$ 50,00 que multiplicado pelo número estimado de 1.500 inscrições, que chegou ao valor de R\$85.000,00 levando a Comissão a considera o valor de R\$10.000,00 para exigência de capital ou patrimônio.

A Unidade Técnica manifestou-se às fls. 394/394v, verificando às fls. 132/144, um Recurso impetrado pela empresa CONSESP, em 13/06/2016, tendo em vista a decisão da pregoeira na sessão pública em 08/06/2016, que habilitou a empresa Exame Auditores e Consultores toda., que apresentou balanço patrimonial de 31/12/2014 em discordância com item 8.1 – “s” do edital em tela.

Na oportunidade, a Unidade Técnica verificou, também, o parecer jurídico às fls. 151/154, que concluiu pela retificação da decisão da pregoeira com o fim de desclassificar a empresa Exame Auditores e Consultores Ltda, declarando vencedora do certame a empresa CONSESP, nos termos da Ata do Pregão n. 017/2016, fls. 158/159.

Ao final, concluiu pela permanência da irregularidade em questão, tendo em vista que a Administração não apresentou nos presentes autos os cálculos para fins de apuração do capital mínimo ou patrimonial líquido.

Inicialmente cumpre salientar que a exigência de índices contábeis está prevista no art. 31, inciso I e § 5º, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 31 – A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; (...)

§ 5º - A comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

A exigência de índices contábeis tem o condão de comprovar a saúde financeira da empresa licitante, excluindo do certame aquelas que se encontram em situação vulnerável, que as incapacita de suportarem os ônus decorrentes do contrato durante a execução, estando sua previsão insculpida no art. 31, inciso I e § 5º da Lei nº 8.666/93. O que se veda é a utilização de índices não usuais, nos termos do referido § 5º, do art. 31.

Por sua vez, a usualidade dos índices apenas pode ser verificada a partir do caso concreto, levando-se em consideração as particularidades do objeto licitado. Assim, é impossível fixar um limite máximo em abstrato, uma vez que, de acordo com a peculiaridade dos serviços ou obras a serem realizados, não é ilegal a fixação em patamares mais altos.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que a exigência de índices contábeis diversos dos usuais devem ser justificados por estudos aprofundados que demonstrem a pertinência desses índices com o cumprimento das obrigações relativas à licitação.

Este Tribunal de Contas já decidiu no mesmo sentido na Denúncia n. 812377, da relatoria do Conselheiro José Alves Viana, na sessão do dia 04/02/2016:

Não é função dos índices contábeis avaliar viabilidade ou inviabilidade do empreendimento. Cabe destacar, primeiramente, que os índices contábeis são como uma

fotografia da situação de uma dada empresa, em um dado momento. Não há garantia para a Administração de que a solidez exigida pelos índices e comprovada durante o certame será mantida no decorrer da contratação. Para a utilização de índices superiores aos usuais deve existir justificativa plausível da Administração Pública, sob pena de cerceamento da participação dos licitantes e ofensa à finalidade da licitação que consiste em obter o maior número de concorrentes possíveis. Cumpre salientar que o artigo 31, §1º permite uma margem de discricionariedade ao administrador na escolha do índice; no entanto o próprio dispositivo limita essa discricionariedade ao estabelecer que a exigência dos índices “limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vista aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato”.

Também, no Acórdão n. 291/2007 – Plenário TCU, da relatoria do Min. Guilherme Palmeira, na sessão de 07/03/2007:

Do mesmo modo, a fixação de índices contábeis para fins de seleção das empresas participantes da concorrência deve fundamentar-se em estudo técnico aprofundado, que deverá constar do processo licitatório, nos termos do art. 5º do art. 31 da Lei n. 8.666/93. O intuito legal é o de evitar a adoção de parâmetros que restrinjam o caráter competitivo do certame ou então permitam que a obra fique a cargo de empresa sem solidez no mercado. Na espécie, observo que a CGL/AM deixou de observar os ditames da lei.

Desse modo, alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica e entendo pela irregularidade nesse apontamento, tendo em vista que a Administração não apresentou nos autos os cálculos para fins de apuração do capital mínimo ou de patrimônio líquido, bem como a ausência dos índices (fls. 14/15), em desacordo com o disposto no art. 31, inciso I e § 5º, da Lei nº 8.666/93.

Todavia deixo de responsabilizar o gestor, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Considerando os Princípios da Celeridade e da Economicidade e ainda o resultado útil do processo, deixo de converter os autos em diligência para citar os agentes responsáveis.

E recomendo ao atual gestor que especifique nos instrumentos convocatórios de licitação as condições para avaliação da qualificação econômico-financeira nos termos do art.31 da Lei n.8.666/93

II. 9 – Cláusula renovando o contrato por igual período até o limite de 60 meses.

A Unidade Técnica em manifestação às fls. 235/236v, entendeu que a Cláusula Quarta – Da vigência do edital do Pregão em tela, fl. 40, que trata da previsão de prorrogação contratual até o limite de sessenta meses estaria irregular, tendo em vista se tratar de serviço não-continuados que tem como escopo a obtenção de produtos específicos em período pré-determinado.

O defendente argumentou às fls. 357/358 que realmente houve enquadramento inadequado de serviço como de natureza contínua, levando a constar a prorrogação do contrato pelo período de 60 meses.

Entretanto, salientou que na prática o fato não ocorreu tendo em vista que o contrato foi executado dentro do prazo de validade estipulado para 8 (oito) meses, não tendo ocorrido nenhum termo aditivo de prorrogação.

A Unidade Técnica em manifestação de fl. 394, informou que realizou consulta ao SICOM em 19/05/2019, e conforme salientado pelo defendente, constatou a existência do Contrato n.

80/2016, celebrado com a empresa CONSESP, em 18/08/2016, com vigência até 18/04/2017, ou seja, prazo de 8 meses, e não foi localizado nenhum termo aditivo.

Ademais, entendeu a Unidade Técnica que apesar da cláusula ser impertinente a sua inserção no contrato não implicou em irregularidade.

Ao final, concluiu para recomendar ao gestor atual que nos próximos procedimentos licitatórios atente-se à natureza das contratações, serviços continuados ou serviços não continuados a fim de estabelecer o prazo de vigência das contratações.

Embora a Cláusula Quarta – Da vigência do edital do Pregão em tela prevê a prorrogação contratual até o limite de sessenta meses, alinhando-me ao entendimento da Unidade Técnica à fl. 394, que considerando a consulta ao SICOM, ficou confirmado a informação do defendente, quanto ao Contrato n. 80/2016, celebrado com a empresa CONSESP, em 18/08/2016, teve vigência até 18/04/2017 (prazo de 8 meses), sem nenhum termo aditivo.

Desse modo, entendo tratar-se de erro formal no edital e, portanto, afastar a irregularidade.

II. 10 – Não prevê a necessidade de cláusula impondo obrigação de o contratado manter as obrigações por ele assinadas e as condições de habilitação exigidas na licitação.

A Unidade Técnica em manifestação às fls. 235/235v apontou como irregular a ausência de cláusula impondo obrigação de o contratado manter as obrigações por ele assumidas e as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação em desacordo com o art. 55, XIII, da Lei federal n. 8.666/93, conforme Minuta de Contrato, fls. 38/42, bem como no Contrato n. 080/2016, fls. 217/221.

À fl. 358, o defendente argumentou:

Embora não tenha sido exigido no contrato que a empresa vencedora quando do recebimento pelos serviços prestados teria que manter as obrigações por ela assumidas e as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, quando do pagamento foram exigidas a referida documentação e que foram anexadas ao empenho de pagamento.

A Unidade Técnica manifestou-se às fls. 394v/395, entendendo que em que pese a ausência da exigência da cláusula em questão, não há que se falar em irregularidade, tendo em vista se considerar que o contrato teve duração de 8 meses e o responsável encaminhou a documentação de fls. 375/377, comprovando que durante os pagamentos foi exigida a referida documentação.

Ao final, concluiu por recomendar ao gestor que nos próximos procedimentos licitatórios atente-se à para a inclusão da cláusula impondo obrigação de o contratado manter as obrigações por ele assumida e as condições de habilitação e qualificação exigida na licitação.

Considerando que restou comprovado que o contrato do procedimento licitatório em tela teve duração de 8 (oito) meses e o responsável comprovou que durante os pagamentos foi exigida a referida documentação, nos termos das fls. 275/377, afastar a irregularidade.

II. 11 – Ausência de tratamento diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP).

A Unidade Técnica em manifestação às fls. 236/237, informou que o edital em tela não trouxe textualmente a aplicação de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Entende a Unidade Técnica que com as alterações da LC 123/2006 pela LC 147/2014 o tratamento diferenciado estabelecido pelos artigos 47 e 48 passaram a ser obrigatórios, independentemente de regulamentação do ente.

Fundamentou-se seu entendimento, trazendo a lume trecho da Consulta n. 862.465, da Sessão do dia 30/05/2012, desta Corte de Contas, que adotou o seguinte posicionamento:

[...] Dessa forma, apesar de ser aconselhável a inclusão de dispositivo no edital prevendo a aplicação dos benefícios instituídos pelos artigos 42 a 45 da LC nº 123, a concessão desses benefícios deve ocorrer independente de sua inclusão no edital, posto que decorrem de mandamento legal.

[...] entende-se pela desnecessidade de regulamentação por lei ou decreto, vem como de previsão no ato convocatório da licitação, dos benefícios dispostos nos arts. 42 a 45 da LC 123/06, em razão de sua autoaplicabilidade.

Ademais, a Unidade Técnica ressaltou que com as alterações da LC 123/2006 pela LC 147/2014 o tratamento diferenciado estabelecido pelos artigos 47 e 48 passarem a ser obrigatórios, independentemente de regulamentação do ente.

Ao final, entendeu a Unidade Técnica que nos próximos procedimentos licitatórios esteja expressa nos editais as condições de participação das microempresas e empresas de pequeno porte.

A defesa não trouxe alegações quanto a este apontamento.

De fato, compulsando os presentes autos, conforme informado pela Unidade Técnica à fl. 236, o edital Pregão Presencial n. 017/2016 não trouxe textualmente a aplicação de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte previsto nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Insta salientar que o edital deve estar em sintonia com as exigências previstas na Lei Complementar n. 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar n. 155/2016, as quais asseguram tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, visando, notadamente, à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, à ampliação da eficiência das políticas públicas e, também, ao incentivo à inovação tecnológica.

Registro que foi empenhado o valor de R\$57.646,29 de acordo com a Nota de Empenho nº5690, de 20/12/2017, fl. 259, e pagos o valor de R\$56.781,60, de acordo com comprovantes bancários de fls. 260 e 263, e emitidos a Nota Fiscal de nº 1985, de 21/12/2017 – no valor de

R\$54.072,85 e Nota Fiscal de nº 1984, de 21/12/2017 – no valor de R\$2.708,75, fls. 261/262, totalizando o valor total de R\$56.781,60, portanto só pagamento efetuado à empresa vencedora do certame.

Verifico, também, que de acordo com a Relação de Movimentação de Arrecadação – Detalhes, período de 01/01/2016 – 30/12/2017, fls. 264/346v, que o valor total da receita foi de R\$57.621,00

Entretanto, embora conclua pela irregularidade, ressalto que as duas empresas participantes são qualificadas como empresas de pequeno porte, razão pela qual, entendo que não houve prejuízo no presente caso.

Desse modo, recomendo ao atual gestor que nos futuros procedimentos licitatórios observe os mandamentos do art. 47 e 48 da Lei Complementar n.123/06.

III. DO ADITAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS

III.1 – Previsão de remuneração fixa e variável de forma cumulativa.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em seu parecer de fls. 242/244, apontou que o edital e o contrato estipularam um teto para remuneração da empresa (equivalente a 1.500 inscrições) e ainda que os valores recolhidos acima desse quantitativo máximo estipulado pertencerão aos cofres municipais (Cláusula 2.3.3 do Contrato), previu, além da remuneração com a receita obtida com as inscrições, também o valor fixo de R\$ 3.485,38, ou seja, previsão de remuneração fixa variável de forma cumulativa em violação ao entendimento pacificado no âmbito no Tribunal de Contas da União e desta Corte de Contas.

À fl. 258, a Sra. Denise Alves de Souza Neves, atual Prefeita Municipal de Pratápolis, informou a esta Corte de Contas, que:

O Município de Pratápolis realizou o pagamento em 28 de dezembro de 2018 no valor de **R\$56.781,60 (cinquenta e seis mil, setecentos e oitenta e um reais e sessenta centavos)**, referente ao contrato administrativo 80/2016, Processo 075/2016, pregão Presencial 017/2016, conforme empenho, notas fiscais e relatório detalhado em anexo.

O Sr. José Eneido Modesto, Prefeito Municipal à época, apresentou justificativas à fl. 353 e fls. 358/359, informando que a maioria dos aprovados do concurso realizado já foram nomeados e a empresa responsável pela execução do concurso recebeu da Administração Municipal o valor líquido de R\$56.781,60 e da Autarquia Municipal – SAAE o valor líquido de R\$3.494,05.

Salienta o defendente que essa questão levantada pelo representante do MPTCMG não está pacificada em jurisprudência, tendo em vista que há discussão em torno de o valor de inscrição ser considerado tributo ou não. Aduz que esta Corte de Contas entende que além de ser arrecado pela Administração, os valores das inscrições, deve ser estabelecido valor de referência para que seja efetuado o pagamento pela prestação dos serviços e, sendo o valor das inscrições superior ao valor estimado para o pagamento, a diferença permanecerá a conta única do tesouro.

A Unidade Técnica manifestou-se às fls. 395/396v, entendendo que:

Compulsando os autos verifica-se que foram empenhados o valor de R\$57.646,29 de acordo com a Nota de Empenho nº5690, de 20/12/2017, fl. 259, e pagos o valor de R\$56.781,60, de acordo com comprovantes bancários de fls. 260 e 263, e emitidos a Nota Fiscal de nº 1985, de 21/12/2017 – no valor de R\$54.072,85 e Nota Fiscal de nº 1984, de 21/12/2017 – no valor de R\$2.708,75, fls. 261/262, totalizando o valor total de R\$56.781,60, portanto só pagamento efetuado à empresa vencedora do certame.

Verifica-se ainda que de acordo com a Relação de Movimentação de Arrecadação – Detalhes, período de 01/01/2016 – 30/12/2017, fls. 264/346v, que o valor total da receita foi de R\$57.621,00.

Ademais, a Unidade Técnica transcreve trecho da defesa que dispõe quanto a irregularidade de remuneração fixada de forma cumulativa (parte fixa – ofertado na proposta vencedora e parte variável – valor auferido com as inscrições) o responsável alega que “a questão não é tão simples e nem está pacificada em nossa jurisprudência, pois a discussão tanto dentro das instâncias de controle quanto na jurisprudência, há ponto de discórdia em torno de o valor de inscrição ser considerado tributo ou não”.

Ao final, a Unidade Técnica ratificou o entendimento do *Parquet*, e concluiu pela permanência da irregularidade quanto a remuneração estabelecida no edital, ou seja, em análise trata-se de remuneração fixada de forma cumulativa (fixa e variável).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas em seu parecer conclusivo às fls. 399/401, citou as Consultas realizadas nesta Corte de Contas sob os ns. 850.498 e 810.914, que tratam dos valores arrecadados com a realização de Concurso Público e a remuneração da empresa contratada.

Ademais, o *Parquet* opinou:

No caso em análise, conforme consignou o primeiro estudo técnico realizado, não consta do procedimento licitatório pesquisa de preços do serviço contratado. De fato, a discrepância entre o valor estimado para a contratação dos serviços (R\$10.000,00), as propostas apresentadas pelas duas empresas participantes – CONSESP do Brasil (R\$39.468,00) e Exames Auditores & Consultores Ltda. (R\$9.850,00) – e o preço efetivamente contratado (R\$3.485,38) revela a ausência de planejamento na fase interna da licitação.

Ao final, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas opinou que estaria irregular a forma de remuneração e pagamento do serviço do procedimento licitatório em tela, nos termos que preveem os itens 2 e 3.4 do Termo de Referência e item 14 do edital, em valor fixo (ofertado na proposta vencedora) e em valor variável (valor auferido com as inscrições).

Inicialmente cumpre trazer a lume que a forma de remuneração do serviço em questão, preveem os itens 2 e 3.4 do Termo de Referência duas partes: a primeira em valor fixo (ofertado na proposta vencedora) e a segunda em valor variável (valor auferido com as inscrições) (fls. 24/25):

2. Regime de Prestação de Serviço:

[...]

A remuneração da contratada será por meio das receitas auferidas com a inscrição dos candidatos mais valor do serviço prestado conforme termo de referência, sendo que os valores a serem repassados serão de acordo com o quantitativo de inscrições efetuadas e pagas (deduzidas as tarifas bancárias).

O contratado deverá apresentar ao Município, massa de testes de guias de arrecadação, contemplando todas as ocorrências de dígito verificador da representação numérica do código de barras, para fins de homologação junto à rede bancária credenciada.

[...]

3.4 Cronograma físico-financeiro de desembolso:

3.4.1. O pagamento será realizado através do repasse das inscrições mais o valor ofertado na proposta vencedora, sendo:

3.4.2 O pagamento valor ofertado da proposta vencedora será pago pelo Município em duas parcelas, sendo uma após 15 dias da assinatura do contrato e outra após a entrega do objeto deste certame nas respectivas ordens de fornecimentos mediante aceitação e atesto do responsável pelo recebimento do objeto

3.4.3 Os valores recolhidos a título de inscrição serão repassados como parte do pagamento pelos serviços prestados, já deduzidas as despesas com tarifas bancárias, e obedecerão ao seguinte cronograma:

- 20% (vinte por cento) do valor global em até 10 (dez) dias úteis após o término das inscrições;

- 20% (vinte por cento) do valor global em até 05 (cinco) dias úteis após a aplicação das provas

- 60% (sessenta por cento) do valor global em até 05 (cinco) dias úteis após a publicação do resultado definitivo, ou seja, após julgamento dos recursos.

3.4.4 – Estima-se, para efeito do contrato, um número máximo 1.500 (hum mil e quinhentos) candidatos, não tendo o Município qualquer responsabilidade se o número for maior ou menor, cabendo à proponente fazer suas próprias estimativas tendo por referência os valores no item 2.3 e apresentar seu preço de acordo com a sua própria conveniência, por sua conta e risco, sendo que os valores recolhidos acima desta quantitativo máximo estipulado, pertencerão aos cofres municipais (nos termos do entendimento do TCE/MG)

3.4.5 – Parte da remuneração da contratada será por meio das receitas auferidas com a inscrição dos candidatos, sendo que os valores a serem repassados serão de acordo com o quantitativo de inscrições efetuadas e pagas (deduzidas as tarifas bancárias) e parte pelo valor do serviço prestado conforme termo de referência.

E por sua vez, prevê o tem 14 do edital (fls. 19):

Item 14 – Do Pagamento

14.1 – O pagamento será realizado através do repasse das inscrições mais o valor ofertado na proposta vencedora [...]

De fato, no presente caso, a discrepância entre o valor estimado para a contratação dos serviços (R\$10.000,00), as propostas apresentadas pelas duas empresas participantes – CONSESP do Brasil (R\$9.468,00) e Exames Auditores & Consultores Ltda. (R\$9.850,00) – e o preço efetivamente contratado (R\$3.485,38), demonstra a ausência de planejamento na fase interna da licitação.

Ademais, registra-se que foram empenhados o valor de R\$57.646,29 de acordo com a Nota de Empenho nº5690, de 20/12/2017, fl. 259, e pagos o valor de R\$56.781,60, de acordo com comprovantes bancários de fls. 260 e 263, e emitidas a Nota Fiscal de nº 1985, de 21/12/2017 – no valor de R\$54.072,85 e Nota Fiscal de nº 1984, de 21/12/2017 – no valor de R\$2.708,75, fls. 261/262, totalizando o valor total de R\$56.781,60, portanto só pagamento efetuado à empresa vencedora do certame.

Verifico, também, que de acordo com a Relação de Movimentação de Arrecadação – Detalhes, período de 01/01/2016 – 30/12/2017, fls. 264/346v, que o valor total da receita foi de R\$57.621,00

Desse modo, alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica e do parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, pela irregularidade desse apontamento, tendo em vista a forma de remuneração e pagamento do serviço do edital em tela, nos termos do disposto nos itens 2 e 3.4 (Termo de Referência) e item 14 (edital), em valor fixo e em valor variável.

Todavia deixo de responsabilizar o gestor, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

Considerando os Princípios da Celeridade e da Economicidade e ainda o resultado útil do processo, deixo de converter os autos em diligência para citar os agentes responsáveis.

E recomendo ao atual gestor

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto julgo irregular o Pregão Presencial n. 017/2016 deflagrado pela Prefeitura Municipal de Pratápolis em razão dos seguintes apontamentos:

a) ausência de pesquisa de preços de mercado, contrariando o disposto nos arts. art. 43, IV; art. 15, V e § 1º; art. 16; art. 24, VIII, XX e XXIII, todos da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente a Lei n.10.520/02; b) julgamento pelo critério de maior desconto, injustificadamente e sem amparo na devida pesquisa de preços; c) exigência de cópia do contrato firmado entre a licitante e a empresa que emitiu a certidão ou atestados exigidos para fins de qualificação técnica, em contrariedade ao art.30 da Lei n.8.666/93; d) exigência na fase de habilitação de visto em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de administração; e) ausência dos índices contábeis no edital e de esclarecimentos quanto ao valor de capital social ou patrimônio líquido a ser comprovado estabelecido no item de qualificação econômico-financeira; f) ausência de previsão de tratamento diferenciado dispensado às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), em desacordo com as exigências previstas nos art. 47 e 48 da Lei Complementar n. 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar n. 155/2016; g) previsão de remuneração fixa e variável de forma cumulativa, contrariando as consultas expedidas por esta Corte de Contas.

Deixo de responsabilizar o Sr. José Eneido Modesto, por não verificar a responsabilidade pessoal do agente, nos termos da regra do art. 28 da LINDB (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), em que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”, nos termos da fundamentação.

Recomendo aos atuais gestores da Prefeitura Municipal de Pratápolis, que, nos procedimentos licitatórios futuros:

- 1) atentem para a indispensabilidade na fase interna da licitação de cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado.
- 2) observem os casos que autorizam a Administração valer-se do julgamento pelo maior desconto nas licitações; realizando ampla pesquisa de preços na fase interna do certame que ampare os descontos ofertados;
- 3) abstenham de exigir contratos para certificar os atestados de qualificação técnica, em consonância com o art. 30 da Lei 8.666/93;
- 4) abstenham de exigir visto do CRA/MG na fase de qualificação técnica em atestados registrados em outros Conselhos Regionais de Administração;
- 5) especifiquem nos instrumentos convocatórios de licitação as condições para avaliação da qualificação econômico-financeira nos termos do art.31 da Lei n.8.666/93
- 6) observem os mandamentos do art. 47 e 48 da Lei Complementar n.123/06.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Processo 1015600 – Edital de Licitação
Inteiro teor do acórdão – Página 27 de 27



Intimem-se as partes desta decisão, nos termos do art. 166, §1º, I, do RITCEMG.

Determino o arquivamento dos autos, nos termos do art.176, inciso I, do RITCEMG, após tomadas as providências cabíveis.

É como voto.

* * * * *

jc/rb