



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Processo n°: 932.653
Natureza: Denúncia
Relator: Conselheiro Wanderley Ávila
Denunciante: Jonas Oliveira Guedes
Denunciada: Prefeitura Municipal de Nova União – MG
Edital: Pregão Presencial n° 042/2014

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Excelentíssimo Senhor Conselheiro-Relator,

I. RELATÓRIO FÁTICO

Versam os presentes autos sobre **Denúncia** oferecida por *Jonas Oliveira Guedes* (fls. 01/02), em face do **Processo Licitatório n° 152/2014 – Pregão Presencial n° 042/2014**, do tipo “menor preço”, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Nova União, cujo objeto é a aquisição de peças e acessórios para máquinas, veículos pesados e veículos automotores, para atender a diversos órgãos da Administração.

Em síntese, são estes os fatos alegados pelo Denunciante:

- a) Divisão da licitação em lotes, sem separar as marcas e modelos de veículos, em restrição à competitividade no Certame;
- b) Utilização da tabela do DER para o Lote III.

Os documentos de fls. 03/42 instruíram a Denúncia, dentre eles a cópia do edital impugnado.

A documentação foi submetida à eminente Conselheira-Presidente (fl. 43), que determinou a intimação do Denunciante para que, no prazo de 10 (dez) dias, emendasse a exordial, com base no art. 302, *caput*, do RITCMG.

Regularmente intimado, fl. 45, o Denunciante apresentou a documentação de fls. 46/47.

Ato contínuo sequencial, a Conselheira-Presidente determinou a autuação dos documentos retro como Denúncia e o encaminhamento para distribuição (fl. 52).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Após a devida distribuição (fl. 53), o Conselheiro-Relator indeferiu o pedido de suspensão liminar da licitação e determinou a remessa dos autos à CAEL para exame (fls. 54/55).

A Unidade Técnica elaborou o relatório de fls. 60/61, concluindo pelo arquivamento do feito.

Após, os autos vieram a este Órgão Ministerial para apreciação.

É o relatório, no essencial.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se do exame de legalidade do **Processo Licitatório nº 152/2014 – Pregão Presencial nº 042/2014**, instaurado pela Prefeitura Municipal de Nova União, ora submetido ao crivo do Ministério Público de Contas por força de Denúncia formulada perante essa Egrégia Corte.

A Magna Carta de 1988 assim preconiza:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados. [...]
(grifo nosso).

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.
[...] (grifo nosso).

Nessa senda, pelo princípio constitucional da simetria, a Constituição do Estado de Minas Gerais prescreve:

Art. 76. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete:

[...]



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

III – fixar a responsabilidade de quem tiver dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que tenha resultado prejuízo ao Estado ou a entidade da administração indireta;

[...]

VII – realizar, por iniciativa própria, ou a pedido da Assembleia Legislativa ou de comissão sua, inspeção e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em órgão de qualquer dos Poderes e em entidade da administração indireta;

[...]

XIII – aplicar ao responsável, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, a sanção prevista em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

XIV – examinar a legalidade de ato dos procedimentos licitatórios, de modo especial dos editais, das atas de julgamento e dos contratos celebrados;

XV – apreciar a legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de contrato, convênio, ajuste ou instrumento congêneres que envolvam concessão, cessão, doação ou permissão de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado, por qualquer de seus órgãos ou entidade da administração indireta;

XVI – estabelecer prazo para que o órgão ou entidade tome as providências necessárias ao cumprimento da lei, se apurada ilegalidade;

XVII – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado e comunicar a decisão à Assembleia Legislativa;

XVIII – representar ao Poder competente sobre irregularidade ou abuso apurados;

[...] (grifo nosso).

Sob este mesmo prisma, a Lei Complementar estadual nº 102/2008, confere as seguintes competências a esse Egrégio Tribunal de Contas:

Art. 3º. Compete ao Tribunal de Contas:

[...]

IV – fiscalizar os atos de gestão da receita e da despesa públicas, assim como os de que resulte nascimento ou extinção de direito ou obrigação, no que se refere aos aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade;

V - fixar a responsabilidade de quem tiver dado causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que tenha resultado prejuízo ao Estado ou a Município;

[...]

IX - realizar, por iniciativa própria ou a pedido da Assembleia Legislativa, de Câmara Municipal ou de comissão de qualquer dessas Casas, inspeção e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em unidade da administração direta ou indireta dos Poderes do Estado ou de Município;

[...]

XV - aplicar ao responsável, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em Lei;

XVI - fiscalizar os procedimentos licitatórios, de modo especial os editais, as atas de julgamento e os contratos celebrados;

XVII - fiscalizar contrato, convênio, ajuste ou instrumento congêneres que envolva a concessão, a cessão, a doação ou a permissão de qualquer natureza, a título oneroso ou gratuito, de responsabilidade do Estado ou de Município;

XVIII - estabelecer prazo para que o dirigente de órgão ou entidade tome as providências necessárias ao cumprimento da lei, se apurada ilegalidade;

XIX - sustar, se não atendido, a execução de ato impugnado e comunicar a decisão à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

XX - representar ao Poder competente sobre irregularidade ou abuso apurado, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades;

[...]

XXVII – decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, na forma prevista nesta Lei Complementar; [...] (grifo nosso).

No presente caso, o relatório técnico de fls. 60/61 concluiu que a agregação de diversos itens em lotes não frustrou a competitividade no certame.

Por sua vez, o Denunciante requereu expressamente na exordial que houvesse a divisão do objeto da licitação de acordo com cada linha/marca dos veículos, alegando que se tratava de objeto divisível.

Sobre a matéria, em regra, entende-se que o parcelamento da licitação amplia a competitividade e contribui para a obtenção de menor preço, ao possibilitar também a participação de pequenas e médias empresas nas licitações.

Nesse sentido, tem-se a Súmula nº 114 dessa Egrégia Corte de Contas, que estabelece:

Súmula 114

É obrigatória a realização de licitação por itens ou por lotes, com exigências de habilitação proporcionais à dimensão de cada parcela, quando o objeto da contratação for divisível e a medida propiciar melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala, adotando-se, em cada certame, a modalidade licitatória compatível com o valor global das contratações.

No caso, todavia, os produtos licitados foram divididos em quatro lotes, de forma regular, conforme as categorias necessárias ao atendimento do interesse público (Anexo I do Edital), a saber:

- a) Lote I – Peças e Acessórios para **Veículos Pesados** (Fabricantes: *Marcopolo Volare, Iveco, Mercedes Benz, Volkswagen, Toyota*);
- b) Lote II – Peças e Acessórios para **Veículos Leves** (Fabricantes: *General Motors, Ford, Fiat, Volkswagen, Renault*);
- c) Lote III – Peças e Acessórios para **Máquinas Pesadas** (Fabricantes: *Ubervaco, Caterpillar, Caise, Randon, New Holland, Lstractor, XGMA*);
- d) Lote IV – Peças e Acessórios para **Motocicletas** (Fabricante: *Yamaha*).

De acordo com o entendimento deste Órgão Ministerial, a subdivisão em lotes mostrou-se correta, e foi necessária ante a contiguidade e afinidade dos itens alocados em suas respectivas categorias. A divisão do objeto da licitação na forma pretendida pelo Denunciante, considerando a marca de cada veículo, não se mostraria razoável e nem econômico para a



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Administração Municipal, pois poderíamos ter inúmeras empresas contratadas, as quais em alguns casos estariam prestando serviços de manutenção preventiva e corretiva de apenas um, dois, três ou quatro veículos no máximo.

Ora, uma oficina mecânica presta serviços em diversas marcas e modelos de veículos, o que facilita sua participação, ampliando a competitividade.

É preciso lembrar que o escopo da licitação é a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia, a proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional. Nesse contexto, não se justificaria o fracionamento do edital por marcas de veículos, uma vez que tal medida resultaria em prejuízos técnicos ou financeiros e representaria um distanciamento da eficiência que se espera da Administração.

Além do mais, ter várias contratadas para uma mesma prestação de serviços poderia acarretar a perda da concentração da responsabilidade pela execução do objeto, o que exigiria maior dispêndio e poderia comprometer a garantia dos resultados. A agregação na forma constante do ato convocatório, em quatro subgrupos, trouxe a vantagem operacional de unir todos os itens imprescindíveis para determinado subgrupo específico, não sendo recomendável o fracionamento em razão do risco à perfeita execução do objeto pretendido.

A título de ilustração, colaciona-se a seguinte decisão do Colendo Tribunal de Contas da União:

[...] Trata-se de representação de autoria da firma *Microsens Ltda.*, com pedido de concessão de medida cautelar, acerca de possíveis irregularidades no Pregão nº 07/2011, promovido pela Procuradoria da República no Estado da Bahia, tendo por objeto o Registro de Preços para a aquisição de material de consumo.

2. Nos termos da firma representante, **a irregularidade consistiria na opção adotada pela Procuradoria da República no Estado da Bahia, de dividir o objeto em lotes, em detrimento da adjudicação por itens.** Ainda, descreveu que o lote denominado “Grupo VI”, no qual tem interesse, seria composto por suprimentos de informática destinados a impressoras de **cinco marcas distintas, o que dificultaria o oferecimento de propostas**, uma vez que a prática no mercado “*é que cada empresa trabalhe mais frequentemente com uma fabricante, possuindo condições e valores melhores para tal*”.

[...] **não vislumbro máculas no procedimento** adotado pela Procuradoria da República no Estado da Bahia.

5. A representante mencionou, como reforço à sua pretensão, a Súmula-TCU nº 247, que diz acerca da obrigatoriedade da adjudicação por itens. A atenta leitura da Súmula, contudo, demonstra que a adjudicação “*por itens*”, nela defendida, está posta como contraponto à adjudicação “*por preço global*”. O que pretendeu, então, estabelecer a Súmula-TCU nº 247, foi consolidar o entendimento prevalecente nesta Casa, no sentido de que é condenável a adjudicação por preço global, por representar, no geral, restrição à competitividade. Não teve a referida Súmula a pretensão de condenar a adjudicação *por lotes*, tanto assim que eles sequer foram mencionados.

6. Nessa esteira, **não se pode pretender conferir interpretação à lei que seja contrária aos princípios da razoabilidade e da economicidade.** No caso concreto que se examina, a adjudicação por itens, nos termos defendidos pela representante, implicaria na necessidade de publicação de 415 Atas de Registro de Preços diferentes, com indubitável custo administrativo para sua formalização, publicação e



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

gerenciamento. A divisão do objeto em lotes, na forma realizada, deverá resultar na publicação de apenas 15 Atas de Registro de Preços, conforme informou o Pregoeiro.

7. **Assim, e considerando que os lotes são compostos por itens de uma mesma natureza, não vislumbro qualquer irregularidade.** É importante frisar, especificamente no aspecto suscitado pela representante, que o Grupo VI que a ela interessa agrupa suprimentos de informática que, embora destinados a impressoras de marcas diferentes, não necessitam ser originais daqueles fabricantes, prática essa, aliás, condenada por este Tribunal. E, como se sabe, existem no mercado inúmeras empresas capazes de fornecer suprimentos para equipamentos de marcas distintas.

8. Considero, assim, desnecessária a diligência sugerida pela Unidade Técnica, que, em meu juízo, apenas concorrerá para elevar o custo processual e procrastinar a decisão de mérito.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o colegiado adote a deliberação que ora lhe submeto.

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da representação efetuada pela empresa *Microsens Ltda.*, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2. arquivar o presente processo, dando notícia desta deliberação à empresa representante e à Procuradoria da República no Estado da Bahia. (TCU. Acórdão 5260/2011. 1ª Câmara, j. em 28/6/2011. Rel. Min. Ubiratan Aguiar). (grifo nosso).

Destaca-se também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] **O fracionamento das compras, obras e serviços, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93 somente pode ocorrer com demonstração técnica e econômica de que tal opção é viável, bem como que enseja melhor atingir o interesse público,** manifestado pela ampliação da concorrência. [...] (STJ. RMS 34.417/ES. Segunda Turma). (grifo nosso).

Dessa forma, a adjudicação por quatro grupos de itens ou lotes foi oportuna no procedimento em análise, tendo sido demonstrado que os itens a que se refere cada grupo compunham um conjunto padronizado, guardando correlação entre si, para melhor atender ao interesse público.

Ressalve-se apenas a necessidade de se notificar a Prefeitura Municipal de Nova União – MG, para que nos próximos certames proceda previamente à apresentação das devidas justificativas do agrupamento dos itens, inclusive com disponibilização de estudos preliminares aos licitantes, de modo a assegurar a ampla competitividade.

De acordo com o disposto no inciso I do art. 50 da Lei federal nº 9.784/1999, os atos administrativos que negam, limitam ou afetam direitos ou interesses devem ser motivados:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; [...]

Conforme orientação do Tribunal de Contas da União:



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

[...] 2. **O representante afirmou que o edital do Pregão 96/2012 restringia o caráter competitivo da licitação, ao dividir seu objeto em 32 grupos, agregando produtos distintos entre si,** além de doze itens avulsos. Salientou que já havia apresentado impugnação ao edital em termos semelhantes ao da representação, que teve seu provimento negado pelo FNDE. Pugnou pela suspensão cautelar do certame, bem como, no mérito, a anulação do certame.

[...]

Análise

26. Preliminarmente, cabe ressaltar que o presente processo não tem por escopo emitir juízo de valor acerca do modelo de compras do FNDE, o RPN (Registro de Preços Nacional), e sim analisar a situação fática do Pregão 96/2012.

[...]

31. No que tange ao certame, especificamente aos grupos de itens, como já consignado anteriormente, a similaridade de matérias-primas não se configura, por si só, motivo apto para o agrupamento.

32. **A regra é o fracionamento, ou seja, a divisão por itens, tantos quanto possíveis. A formação de grupos deve ser exceção, mediante justificativas robustas.**

[...]

VOTO

[...]

Ante o exposto, entendo oportuno notificar o FNDE que opção de se licitar itens agrupados deve estar acompanhada de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem da escolha, em atenção aos artigos 3º, § 1º, I, 15, IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993.

[...]

De forma geral, apesar de se ter evidenciado algumas falhas no procedimento licitatório, mormente quanto: à motivação na utilização dos itens agrupados e do critério de regionalização dos grupos; ao critério de aceitabilidade de preços unitários; e às pesquisas de mercado, entendo não estar caracterizada a culpabilidade dos responsáveis capaz de ensejar-lhes a audiência. Também não vislumbro prejuízo capaz de redundar na anulação do certame.

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, com fundamento nos art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c art. 9º da Lei 10.520/2002, e art. 237, VII, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar adotada por intermédio do despacho de peça 16, de 11 de abril de 2008, que suspendeu o andamento do Pregão 96/2012;

9.3. notificar ao FNDE, nos termos do art. 179, § 6º, do Regimento Interno do TCU, que:

9.3.1. **a opção de se licitar por itens agrupados deve estar acompanhada de justificativa, devidamente fundamentada, da vantagem da escolha,** em atenção aos artigos 3º, § 1º, I, 15, IV e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei 8.666/1993; [...] (TCU. Acórdão 1.592/2013. Plenário, j. em 26/6/2013. Rel. Min. Valmir Campelo). (grifo nosso).

[...] Esta Corte advertiu, ainda, a unidade jurisdicionada estadual, que as **eventuais impossibilidades de parcelamento do objeto sejam devidamente justificadas no processo de licitação, com base em estudos técnicos e econômicos suficientemente fundamentados e conclusivos.** [...] (TCU. Acórdão 839/2009. Plenário, p. em 04/5/2009. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues). (grifo nosso).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

[...] Conforme já afirmado anteriormente, apesar de não haver vedação legal expressa à contratação por lotes, até porque em certas situações esta forma de aquisição é melhor para a Administração, a Lei nº 8.666/93 delimitou em toda a sua extensão que os requisitos a serem impostos aos licitantes o fossem feitos com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, para se dar cabo ao interesse público, objeto último da estrutura estatal.

Dessa forma, no momento em que o órgão público torna conhecida sua intenção de adquirir certos itens, sendo estes comprados por meio de lotes, com impacto direto nas condicionantes habilitatórias do processo licitatório, faz-se imprescindível que, nos termos dos incisos I e II, do art. 50, da Lei nº 9.784/99, tal opção seja acompanhada de termo que justifique essa forma de aquisição, dada a decorrente consequência no direito de terceiros. Se não for assim, tal opção revelar-se-á apenas uma cláusula limitadora do caráter competitivo.

[...]

Ainda em esteio semelhante, destacamos a jurisprudência desta Corte de Contas, no sentido de indicar que os órgãos e entidades da Administração Pública procedam às suas licitações indicando à aquisição por item, sendo a opção por lote apenas medida de exceção.

[...]

Face ao exposto, propomos que, em obediência ao disposto no art. 15, inc IV c/c art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, bem como ao constante da Súmula nº 247 desta Corte, quando da proposta de mérito, determine-se ao *D Log* que adote a forma de aquisição por itens como regra para seus procedimentos licitatórios, deixando de utilizá-la somente mediante a devida justificativa, quando o objeto for de natureza indivisível.

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.2.4. adote a aquisição por itens como regra para seus procedimentos licitatórios, deixando de utilizá-la somente mediante a devida justificativa, em obediência ao disposto no artigo 15, inciso IV, c/c o artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; [...] (TCU. 2ª Câmara. Acórdão 3667/2009. TC 023.195/2006-0, j. em 07/7/2009. Rel. Min. André Luís de Carvalho). (grifo nosso).

Na sequência, quanto à utilização pelo Município da tabela do DER, que não estaria mais em vigor, este Órgão Ministerial também acompanha o entendimento da Unidade Técnica (fl. 61), no sentido da falta de prejuízo para o certame, uma vez que a avaliação definitiva dos preços propostos pelos licitantes levaria em conta diversos fatores, e não apenas a tabela do DER, nos termos do disposto nos subitens 8.3 e 8.5 do Edital.

Veja-se:

8 – DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

[...]

8.3. O Pregoeiro classificará a proposta de maior desconto por lote, aquelas que tenham valores sucessivos e inferiores em até 10% (dez por cento) à proposta de maior desconto, para que seus autores participem dos lances verbais.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

[...]

8.5. A aceitação definitiva dos preços (desconto) estará condicionada às diligências efetuadas pela Comissão de Fiscalização, juntamente com Departamento de Compras e a Controladoria Interna do Município que efetuarão nos Sites Oficiais das Concessionárias, DER e fabricantes e outras necessárias, com a análise dos preços constantes dos CD's entregues pelas licitantes para a apuração dos preços finais.

Pelo exposto, o questionamento do denunciante não procede.

Todavia, embora não tenham sido identificadas inconsistências nos apontamentos constantes da denúncia, esse representante do Parquet de Contas constatou a existência de outras ilegalidades presentes no Edital do Pregão para Registro de Preços nº 042/2014 – Processo Licitatório nº 152/2014, senão vejamos:

2.1. Proibição de participação de empresas em consórcio

O item 02, subitem 2.4.3, do Instrumento Convocatório vedou de forma expressa a participação de empresas em consórcio, nos seguintes termos:

2 – DA PARTICIPAÇÃO

[...]

2.4. Não serão admitida nesta licitação a participação de empresas:

[...]

2.4.3 Que estejam reunidas em consórcio e sejam controladoras coligadas ou subsidiárias entre si; [...] (grifo nosso).

Sobre a questão, o art. 33, *caput*, da Lei federal nº 8.666/1993 atribuiu à Administração a prerrogativa de admitir nas licitações que promova a participação de empresas em consórcio, nos seguintes termos:

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

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo. (grifo nosso).

No entanto, entende-se que tal discricionariedade deve vir fundamentada, de forma sólida, no procedimento licitatório. Nesse sentido, a seguinte decisão prolatada por essa Corte de Contas Mineira, ao apreciar os autos da Denúncia nº 838.601, na Sessão da Segunda Câmara, realizada em 05/7/2012, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, *in litteris*:

De fato o item 3.5 do instrumento convocatório veda, expressamente, a formação de consórcios. Entretanto, o art. 33 da Lei n. 8.666/93 prevê a possibilidade de participação em licitação das empresas reunidas em consórcio, desde que observadas as normas dispostas em seus incisos e parágrafos.

Marçal Justen Filho, sobre o tema, adverte que: **O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas.** Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e resultados.

A vedação à participação de empresas em consórcio pode, em dadas circunstâncias, contribuir para a ocorrência de restrição ao caráter competitivo das licitações, impossibilitando a Administração de obter a proposta mais vantajosa para a contratação almejada. Portanto, a Administração, para impor tal rejeição, deve observar rigorosamente os princípios da motivação e da razoabilidade.

Contudo, ao examinar os documentos juntados à denúncia pelos responsáveis, verifiquei que não há nenhuma justificativa nos autos do procedimento licitatório para que não fosse permitida a participação de consórcios.

Impende observar, ainda, que a cumulação da contratação isolada – sem parcelamento do objeto – com a vedação expressa à participação de empresas consorciadas potencializa a restrição ao caráter competitivo do certame. Adicionada a ausência de justificativa para essas múltiplas restrições, configurada está a ofensa aos princípios da competitividade, razoabilidade e motivação, portanto, ao art. 3º da Lei n. 8.666/93.

O TCU assim se posiciona:

9. Com efeito, além da possibilidade de promover licitação para contratação isolada em cada bloco ou lote, a administração também pode optar por contratação isolada que venha a abranger todo o objeto da avença, mas, neste caso, desde que permita a participação de empresas em consórcio. 10. É que, diante das circunstâncias, o parcelamento do objeto não seria obrigatório, mas, sim, desejável, e pode ser atendido tanto pelo parcelamento formal do objeto, por intermédio da aludida configuração de blocos ou lotes, quanto pelo chamado parcelamento material, por intermédio da permissão para que empresas em consórcios venham a participar do certame. 11. Com isso, obtém-se o dito parcelamento material do objeto, já que pequenas e médias empresas interessadas no ajuste poderão se organizar em consórcios, assegurando-se, nos exatos termos do Item 9.1.1 do acórdão oferecido pelo ilustre Relator,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

a observância dos princípios da competitividade e da isonomia, sem descuidar da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. (Acórdão n. 108/2006, Plenário, Rel. Lincoln Magalhães da Rocha).

Indubitável, portanto, que a adoção de contratação isolada somada à rejeição à participação de consórcios representam impeditivo à participação de maior número de interessados no certame.

Não restando devidamente justificada a vedação à formação de consórcio, entendo que remanesce a irregularidade, sendo procedente a denúncia neste item. (grifo nosso).

O Tribunal de Contas da União também se pronunciou sobre a matéria, nos seguintes termos:

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM EDITAL DE CONCORRÊNCIA PARA CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE RESTAURAÇÃO DE RODOVIA. REVOGAÇÃO DO EDITAL POR INICIATIVA DO GESTOR. REVOGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DO TRIBUNAL POR PERDA DE OBJETO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES.

1. As exigências quanto à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional devem se limitar às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação e, no caso destas, restringirem-se a aspectos de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato.

2. **Embora discricionária, nos termos do caput do art. 33 da Lei nº 8.666/1993, quando houver a opção da Administração pela restrição à participação de consórcios na licitação, tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco à competitividade do certame.**

3. A limitação do número de atestados a serem aceitos pela Administração, a título de qualificação técnica nas licitações, somente pode ser aceita nos casos em que tal exigência seja necessária para garantir a execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público, devendo tal restrição ser justificada no processo administrativo relativo à licitação.

4. As respostas fornecidas pela comissão de licitação ou pela autoridade competente com relação às impugnações apresentadas contra editais de certames licitatórios, nos termos do art. 41, § 1º, da Lei de Licitações, devem abranger, de modo fundamentado, todos os quesitos formulados pelo interessado, sob pena de infringência ao que dispõe o art. 50 da Lei nº 9.784/1999. (TCU. Plenário. Acórdão nº 1.636/2007, j. em 15/8/2007, rel. Min. Ubiratan Aguiar). (grifo nosso).

Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações.

Mediante o Acórdão nº 1.102/2009 – 1ª Câmara, foi expedida determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor: “1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993”. Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada.

O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se o campo discricionário para a vedação. A fim de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação: **“caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei nº 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação”**. Precedente citado: Acórdão nº 1.636/2007 – Plenário. (TCU. 1ª Câmara. Acórdão nº 1.316/2010, TC-006.141/2008-1, j. em 16/3/2010. rel. Min. Augusto Nardes). (grifo nosso).

De acordo com o disposto no inciso I do art. 50 da Lei federal nº 9.784/1999, os atos administrativos que negam, limitam ou afetam direitos ou interesses devem ser motivados:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – **neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;** [...] (grifo nosso).

Logo, a justificativa de proibição de empresas em consórcio participarem do certame deveria ser devidamente fundamentada no instrumento convocatório, com a motivação da administração pública para a sua escolha, independente da modalidade de licitação escolhida.

2.3. Alvará de Localização e Funcionamento da Empresa

O subitem 6.10 do Edital estabeleceu que devesse ser apresentado, para fins de habilitação, o alvará de localização e funcionamento.

Tal exigência se mostrou indevida, tendo em vista que não se encontra descrita no rol de documentos do art. 4º, inciso XIII, da Lei federal nº 10.520/2002, configurando violação ao princípio da competitividade, e deveria ter sido exigida apenas do licitante vencedor do certame.

Eis o teor do mencionado dispositivo:

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

[...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira; [...].

Sobre o tópico em questão, ao apreciar a Denúncia nº 862.389, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, na Sessão da Segunda Câmara de 17/12/2013, decidiu essa Corte que:

[...] A Unidade Técnica entendeu que a exigência de alvará de funcionamento é excessiva, uma vez que a referida exigência não encontra respaldo no rol dos



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

documentos previstos no art. 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/02, fls. 93/127, o que foi ratificado pelo Ministério Público de Contas às fls. 647/656.

Em sede de defesa, os responsáveis alegaram que “tal exigência não seria capaz de produzir qualquer cerceamento de participação ou tampouco favorecimentos, já que qualquer empresa regular possui o alvará de funcionamento e tal documento tem o condão de comprovar que o estabelecimento existe de fato e foi vistoriado pela vigilância sanitária, bombeiros, etc, estando, portanto, apto a comercializar o produto e/ou serviço objeto do seu contrato social”, fls. 671/689.

A Unidade Técnica e o *Parquet* de Contas ratificaram a irregularidade anteriormente apontada.

De fato, **a exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva, uma vez que esta não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei nº 10.520/02, afastando a participação dos potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação.**

A esse respeito, transcrevem-se algumas considerações de Joel de Menezes Niebuhr: *As exigências para habilitação não podem ser excessivas, desproporcionais ao objeto do futuro contrato, o que redundaria em afastamento artificial e ilegal da licitação de pessoas e empresas efetivamente aptas a participarem dela, que poderiam oferecer excelentes propostas e cumprir a contento os termos do contrato. Exigências de habilitação demasiadas e impertinentes afetam os princípios da competitividade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.*

Nesse contexto, considero irregular o referido item.

[...]

Diante do exposto, **julgo parcialmente procedentes as denúncias, considerando irregulares (I) a exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de comprovação da regularidade fiscal, (II) a exigência de que os produtos ofertados sejam de primeira linha e (III) a ausência do orçamento estimado em planilha de preços unitários no edital, nos termos da fundamentação, razão pela qual aplico aos Senhores [...], multa no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) a cada responsável, sendo R\$1.000,00 (um mil reais) por irregularidade, a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal. [...]** (grifo nosso).

2.3. Dos recursos e impugnações

O item 10 do Instrumento Convocatório tratou sobre os recursos e as impugnações ao Edital. Todavia, os subitens 10.4 e 10.5 apenas permitem que os eventuais recursos e impugnações sejam protocolizados pessoalmente na Sala de Licitações da Prefeitura Municipal de Espinosa, excluindo a possibilidade de interposição via fax ou por e-mail.

Acerca dessa matéria, observa-se que o Tribunal de Contas da União já enfrentou o tema, entendendo cabível também a apresentação do recurso via fax, com a remessa posterior do documento original:

[...] 5. Entretanto, a comprovação direta desse fato não se mostra imprescindível ao exame da questão, vez que, **em face dos precedentes jurisprudenciais desta Corte de Contas sobre a matéria, não é dado à administração o direito de rejeitar a entrega de recursos administrativos via fax.** É o que se depreende da leitura da Decisão 156/2002-TCU-Plenário, mencionada pela unidade técnica.

6. Sendo assim, em vista da manifestação da Prefeitura Municipal de Alagoinhas/BA no sentido de que não se encontraria obrigada a receber os recursos



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

encaminhados dessa maneira, considero que a irregularidade apontada subsiste e, dessa maneira, enseja a adoção das medidas saneadoras suscitadas pela Secex.

[...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

[...]

9.3.1. aceite a apresentação de RECURSOS E IMPUGNAÇÕES via fax, condicionada à apresentação do documento original dentro de prazo a ser estipulado;

[...] (TCU: Acórdão nº 013.316/2004-7 Segunda Câmara, AC-2616-26/08-2, rel. Min. André Luís de Carvalho, 31/07/2008). (grifo nosso).

No mesmo sentido, quanto ao envio de impugnações e pedidos de informação pela via eletrônica:

[...] A 4ª Secex, em sede de juízo de cognição sumária, pronunciou-se favoravelmente à concessão da medida cautelar, em função do entendimento consignado na instrução de fls. 95/102, a seguir sintetizado:

D) além de contrariar o art. 19 do Decreto nº 5.450/2005, **a restrição do meio de envio de impugnações ao edital à via escrita não é compatível com o objetivo de celeridade inerente à modalidade 'pregão'**;

[...]

3. Após o atendimento das comunicações processuais pertinentes, a Unidade Técnica confeccionou a instrução de fls. 124/131, uníssona, reproduzida a seguir, com os ajustes de forma que julgo pertinentes:

[...]

D) **exigência abusiva de que as impugnações só seriam aceitas por escrito e omissão do Edital ao não disponibilizar endereço eletrônico para contato com o Pregoeiro;**

[...]

3.3.1. O art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, estabelece que as impugnações ao ato convocatório poderão ser realizadas, por qualquer pessoa, até dois dias úteis antes da abertura das propostas, 'na forma eletrônica'. A doutrina (Marçal Justen Filho, Pregão, 4ª ed., Dialética, 2005, p. 277) entende que o regulamento não estabelece regras formais sobre o modo de encaminhamento da impugnação, e que **o direito de petição do particular poderá ser exercido por qualquer via**, não obrigatoriamente apenas pela Internet, não podendo a Administração se recusar a receber impugnação formulada por escrito de forma tempestiva.

3.3.2. **Dada a celeridade que caracteriza o Pregão Eletrônico, a restrição imposta pelo Edital de que as impugnações sejam feitas apenas por via escrita mostra-se contrária ao sentido das normas que regulamentam este procedimento licitatório.** Além disso, de fato, o Edital foi omissivo ao não informar, seja para efeito da impugnação, seja para obter esclarecimentos, um endereço eletrônico válido para comunicação dos licitantes com o pregoeiro, infringindo portanto os art. 18 e 19 Decreto 5.450/2005 e **comprometendo a competitividade e a publicidade do certame.**

[...]

VOTO

Registro, em primeiro lugar, que a representação formulada pela empresa *Sigma Dataserv Informática S.A.*, em face de alegadas irregularidades na condução do Pregão



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Eletrônico nº 13/2007, do Ministério da Previdência Social, merece ser conhecida, porquanto atende aos pressupostos de admissibilidade inerentes à espécie.

2. Quanto ao mérito, manifesto-me favoravelmente ao encaminhamento sugerido pela Unidade Técnica, no sentido da procedência parcial da Representação, uma vez que, ante as considerações expendidas no parecer de fls. 124/131, cujos fundamentos acolho, desde já, como razões de decidir, parte das irregularidades apontadas pela interessada restou comprovada.

3. As ocorrências apuradas pela Unidade Técnica foram, em síntese:

I) restrição do meio de envio de impugnações à via escrita, contrariando o art. 19 do Decreto nº 5.450/2005, de modo incompatível com o objetivo de celeridade inerente à modalidade “pregão”;

[...]

4. Concordo, também, com a Unidade Técnica no que toca à **impossibilidade da continuidade do certame em questão, dada a restrição à competitividade resultante das referidas irregularidades**, conforme a legislação pertinente e a jurisprudência dominante do Tribunal acerca do tema.

5. De fato, a constatação de vícios insanáveis no edital do Pregão Eletrônico 13/2007, os quais, como asseverou a 4ª Secex, atentam contra os princípios da isonomia, competitividade, razoabilidade e publicidade, além de contrariarem dispositivos legais expressos aplicáveis à matéria, enseja a fixação de prazo ao Ministério da Previdência Social para que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, tendentes à anulação do referido certame.

6. Por fim, julgo adequado o encaminhamento de determinação ao referido órgão para que, nos futuros procedimentos licitatórios, evite a ocorrência de inconsistências de mesma natureza das apuradas no Pregão Eletrônico nº 13/2007. (TCU. Plenário. Acórdão 2655/2007. Processo nº TC-018.269/2007-2, j. em 05/12/2007. Rel. Min. Augusto Nardes). (grifo nosso).

Verifica-se, assim, que o instrumento convocatório em análise acaba por cercear o direito do licitante de ter resguardado o exercício do corolário constitucional do contraditório e da ampla defesa, caracterizando mais uma ilegalidade.

Destarte, em virtude das irregularidades apontadas, torna-se primordial a citação dos agentes públicos responsáveis, para, querendo, apresentarem defesa, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88, c/c art. 307 da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

III. **CONCLUSÃO**

Ex positis, **OPINA** o representante deste Ministério Público Especial, as medidas abaixo que ora se impõem, a serem determinadas por esse ilustre Conselheiro-Relator, como seguem:

- a) **CITAÇÃO** do Sr. **Geraldo de Paula Andrade**, Prefeito Municipal de Nova União – MG, e do Sr. **Evaldo Lopes Lacerda**, Pregoeiro e subscritor do Edital do Pregão para Registro de Preços nº 042/2014, para querendo, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, apresentarem defesa escrita, em observância aos corolários constitucionais de ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Magna Carta de 1988, c/c art. 307 da Resolução TCE nº



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais);

b) Conclusivamente, requer a **intimação pessoal** deste representante do Ministério Público de Contas acerca da decisão que eventualmente indefira, no todo ou em parte, o pedido acima arrolado.

Após o cumprimento das medidas de praxe, pugna pelo envio à Unidade Técnica para manifestação e posterior retorno dos autos a este Órgão Ministerial, para manifestação em sede de parecer conclusivo, nos termos dos artigos 152 e 153 da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenço Corrêa de Mello

Entranhe-se, registre-se, certifique-se e encaminhem-se à Coordenadoria de Apoio Operacional do Ministério Público de Contas, visando à tramitação de praxe.

É a **MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL** preliminar.

Belo Horizonte, 17 de fevereiro de 2016.

Marcílio Barenço Corrêa de Mello
Procurador do Ministério Público de Contas

(Documento certificado e assinado digitalmente e disponível no SGAP/TCE/MG)