

AUTOS DO PROCESSO nº 969.323 (PRINCIPAL: 924.255)

1. IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de **Recurso Ordinário** apresentado a este Tribunal de Contas pela **CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S/A, CEMIG GT**, em face de decisão proferida pela Primeira Câmara na sessão de 11/8/2015, nos autos da **Denúncia nº 924.255**, que julgou irregular o **Edital do Pregão Eletrônico nº 500 – J07165**, substituído pelo **Pregão Eletrônico nº 500 – J07215**, nos termos da publicação de fl. 35, cujo objeto é o “**Registro de Interesse em Ofertar Proposta de Serviços em caso de expectativa de demanda, para a prestação de serviços de manutenção eletromecânica contemplando desmontagens, montagens, ajustes, ensaios, recuperação e fornecimento de materiais aplicados em reformas de equipamentos de usinas de geração de energia elétrica**”, e determinou que os responsáveis se abstivessem de “aditar os contratos já firmados em decorrência do certame em análise, bem como para que, nos novos procedimentos licitatórios, não incorram nas mesmas irregularidades apuradas”.

2. RELATÓRIO

Recebida a documentação de fl. 01/35, em 9/12/2015, os autos foram distribuídos à Conselheira Adriene Andrade, em conformidade com o artigo 114 § 1º do Regimento Interno deste Tribunal (fl. 37), que declarou sua suspeição para atuar no processo, nos termos do art. 132 do mesmo Regimento (fl. 39), sendo, então, redistribuídos ao Conselheiro Gilberto Diniz (fl. 41).

A Coordenadoria de Protocolo, apensou os autos ao processo nº 924.255, em cumprimento ao disposto no artigo 327 do Regimento Interno (fl. 36).

Foi juntada Certidão emitida pela Secretaria do Pleno, dando conta da decisão proferida nos autos relacionados, nº 924.255, Súmula disponibilizada no “Minas Gerais” de 26/10/2015, a qual foi comunicada aos interessados, o Sr. Mauro Borges Lemos e a Sr^a Rosana Figueiredo de Carvalho, respectivamente Presidente e Gerente de Contratação de Serviços da CEMIG, por meio de intimação com AR. Certifica-se também a entrada desta nova petição, autuada como Recurso Ordinário, sendo que o presente pedido não é renovação de anterior (fl. 38).

Recebidos os autos pelo Relator (fl. 42), este constatou ser a parte legítima e o recurso próprio e tempestivo. Assim, recebeu a petição como Recurso Ordinário e enviou os autos ao órgão técnico para manifestação e determinou seu envio posterior ao Ministério Público junto ao Tribunal, para parecer conclusivo.

O Relator determinou, ainda, à fl. 43, a juntada de documentos encaminhados pela Recorrente para subsidiar o exame da matéria (fls. 44/55).

Assim, passa-se à análise do recurso.

3. DAS RAZÕES DO RECURSO

A Recorrente inicia insurgindo-se por não poder adotar, em certames licitatórios vindouros, condições semelhantes às consideradas irregulares pelo Tribunal no processo em comento, quais sejam: exigência de patrimônio líquido de 10% sobre o valor total estimado para a contratação por prazo de 60 (sessenta) meses, e a adoção do sistema de registro de interesse estabelecido pelo Decreto nº 46.311/2013.

3.1 – Do “Registro de Interesse” e do prazo de 60 (sessenta) meses para validade da ata

A Recorrente alega que estabeleceu a licitação pelo Sistema de Registro de Preços Permanente, SRPP, com apenas “Registro de Interesse em Ofertar Propostas”, com fulcro no Decreto Estadual nº 46.311, de 17/9/2013, que estabelece em seu art. 16:

§ 3º O edital de SRPP poderá ser publicado apenas com a indicação do item e da quantidade máxima estimada, estabelecendo que **os licitantes deverão informar somente seu interesse em ofertar proposta** para este mesmo item, hipótese em que a oferta de preços e a disputa de lances ficará adiada para o momento em que a necessidade da Administração efetivamente ocorrer. (grifou-se)

Aduz que este Tribunal de Contas, ao declarar entendimento de que tal regra do decreto não encontra respaldo na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/02, que regem a licitação, “exacerba” de sua competência.

Cita a Súmula nº 347 do STF, que estabeleceu, em 1963, a capacidade de o Tribunal de Contas da União apreciar a constitucionalidade de leis e atos públicos, mas cita também diversas decisões dessa Corte que questionam a necessidade atual de reavaliação desse entendimento.

Alega, escorado em parecer emitido por Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Tatiana Camarão (juntado às fls. 44/55), que o Estado de Minas Gerais pode legislar sobre a matéria licitatória, pois entendem que “o art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República preceitua caber privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação”, mas que “Estados e Municípios têm competência para elaborar regras a respeito de licitação desde que não colidentes com as editadas pela União”. Destaca que a legislação federal é insuficiente para a aplicação do Registro de Preços e deixa aos entes federados sua regulamentação.

Ressalta o citado parecer, a título de exemplo, que o Estatuto de Licitações não previu a aplicabilidade do Sistema de Registro de Preços para serviços, mas apenas para compras, entretanto o Estatuto do Pregão, Lei nº 10.520/02, previu sua aplicabilidade para os dois, e que, assim, a jurisprudência e a doutrina vêm demonstrando entendimento, pela interpretação sistemática, de que o SRP é aplicável para compras e serviços inclusive na modalidade concorrência. O mesmo parecer cita a Intenção de Registro de Preços – IRP, instituído pelo Decreto Federal nº 7.892/13, regulamentador do SRP, como um “incremento da norma federal sem

paralelo nas leis”, além de outros institutos como o “carona” e da “abertura de nova possibilidade de lance, finda a licitação”, criados a título de regulamentar o SRP no âmbito federal.

Da análise das razões recursais

Com o Registro de Preços Permanente, SRPP, do Pregão Eletrônico em comento, tendo como objeto apenas o “Registro de Interesse”, a jurisdicionada pretendeu registrar fornecedores do ramo que tivessem interesse em participar da disputa futura do objeto, sendo que, quando ocorresse essa disputa, apenas os licitantes registrados poderiam participar.

Esse instituto assemelha-se à pré-qualificação de licitantes, inserida pelo art. 114 da Lei nº 8.666/93 e prevista no artigo 2º, inciso XIII, do Decreto Estadual nº 46.311/2013, assim entendida como o “procedimento auxiliar da licitação por meio do qual a Administração, mediante aviso de edital próprio, convoca possíveis interessados a apresentarem habilitação jurídica, técnica, econômica, prova de regularidade fiscal, bem como prova de regularidade com a seguridade social previamente ao certame”, para em momento ulterior realizar a disputa de preços com apoio no artigo 9º, § 11, e artigo 16, §§ 3º e 4º, do citado regulamento. A pré-qualificação é realizada com o objeto especificado desde o início. Pode-se ver que é apropriada para as modalidades “tradicionais” de licitação, e não para pregão, que possui como principal matiz verificar a habilitação apenas do vencedor da disputa.

O pregão, modalidade da licitação em análise, tem seu rito estabelecido, resumidamente, com o credenciamento dos licitantes, apresentação de propostas, disputa de lances, apresentação da documentação pelo vencedor da disputa e declaração do vencedor. Deve o objeto, como em toda licitação, ser especificado objetivamente com a descrição dos itens que o compõem, condição essencial para a elaboração do orçamento.

In casu, a Recorrente especificou o objeto genericamente como “prestação de serviços de manutenção eletromecânica contemplando desmontagens, montagens, ajustes, ensaios, recuperação e fornecimento de materiais aplicados em reformas de equipamentos de usinas de geração de energia elétrica”, não apresentando os itens componentes desse objeto, cujo preço global estimado foi fixado em R\$ 10.300.000,00 (dez milhões e trezentos mil reais).

O item 2 do edital do certame, fls. 502/503 do Processo Piloto nº 924.255, prescreve o regime de contratação como segue:

2. TIPO DE LICITAÇÃO/REGIME DE CONTRATAÇÃO

Esta licitação será realizada na modalidade Pregão Eletrônico para Sistemas de Registro de Preços Permanente – SRPP, para registro de interesse em ofertar proposta de serviços em caso de expectativa de demanda, em conformidade com o § 11 do art. 9º e § 3º do art. 16 do Decreto Estadual nº 43.611/13, para atendimento da expectativa de demanda de **R\$ 10.300.000,00** (Dez milhões e trezentos mil reais).

A Ata de Registro do Interesse em Ofertar Proposta de Serviços permanecerá válida enquanto houver saldo de quantidade relativo à expectativa de demanda de **R\$10.300.000** (Dez milhões e trezentos mil reais).

Apenas os proponentes aprovados no exame de conformidade dos documentos técnicos e dos documentos habilitatórios terão seu registro de interesse acatado e registrados pelas **CONTRATANTES**.

Após o registro de interesse, quando houver a necessidade de atendimento da demanda ou parte dela, a Cemig informará por meio do sítio www.cemig.com.br - Portal de Compras, com uma antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas para as demandas com valor estimado até R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e 48 (quarenta e oito) horas para as demandas com valor estimado superior a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), a data e horário limite para envio da oferta de preços e a data e horário previsto para abertura da sessão pública para realizar a disputa de lances, em conformidade com os incisos IV e V do § 4º do art. 16º do Decreto Estadual nº 46.311/13.

Os futuros Pregões Eletrônicos vinculados a este SRPP, para atendimento da demanda ou parte dela, serão do tipo menor preço, no regime de contratação empreitada por preço unitário, mensal ou global.

A critério das **CONTRATANTES**, apenas os proponentes aprovados no exame de conformidade dos documentos técnicos e dos documentos habilitatórios e que tiverem seu registro de interesse acatado e registrado pelas **CONTRATANTES**, serão convocados a participar do(s) Pregão(ões) Eletrônico(s) para atendimento da demanda em conformidade com o inciso III do § 4º do art. 16º do Decreto Estadual nº 46.311/13.

Ora, se a licitação é para o chamado “registro de interesse em participar”, em que as demandas surgiriam no decorrer da vigência da ata, demandas diferenciadas, ressalte-se, como se vê pelo escalonamento feito no item 2 do edital, fl. 502 do Processo nº 924.255 (inferiores ou superiores a R\$ 150.000,00), a ausência da divisão do objeto em itens e da indicação das quantidades de cada item impossibilitam a divisão desse objeto para as diversas disputas que ocorrerão, sobremaneira por esse objeto comportar empreitadas por preço unitário, mensal ou global.

Observa-se, pela análise dos dois últimos parágrafos transcritos acima e do Anexo A do edital, fls. 506/523 do Processo nº 924.255, que a Recorrente prevê a realização de pregões eletrônicos *a posteriori*, **com a participação exclusiva dos fornecedores registrados no pregão em análise**. Não se verificam, no edital publicado, regras relativas à forma de parcelamento do objeto para essas futuras disputas, nem à realização de pesquisa de mercado na ocasião. Ao que parece, a Recorrente estabeleceu uma “verba” para a descrição genérica contida nesse primeiro edital e pretende realizar diversos pregões, com objetos variados delimitados por essa descrição, até que a “verba” acabe, ficando o registro vigente até então. Não se encontra na legislação respaldo para uma contratação ou um registro de preço para item inespecífico, sem quantificação, preço estimado e com vigência e empreitada também inespecífica.

Ademais, embora o edital não especifique a vigência dessa ata, os documentos de fls. 628/629 do Processo nº 924.255 demonstram uma expectativa de vigência de até 60 (sessenta) meses. Esse prazo poderia ser admitido se fosse especificado para os contratos oriundos da ata, entretanto, não havendo prazo para a ata, pode-se entender que, persistindo a “verba” em prazo superior a 12 (doze) meses, a ata continuaria vigente, o que seria defeso pelo Estatuto de Licitações (art. 15, §3º, III) e o próprio Decreto Estadual nº 46.311/2013.

Ainda que o artigo 14, § 3º, do Decreto Estadual n.º 46.311/2013 discipline que a Ata de Registro de Preços – ARP possa vigorar “até que se tenha consumido todo o quantitativo registrado ou até o termo final do prazo de sua validade, prevalecendo o que ocorrer primeiro”, esta Unidade Técnica avalia que a expectativa de demanda de consumo e, por conseguinte, a validade da ARP, não pode ultrapassar o horizonte de um ano.

Para delimitar a controvérsia do tema submetido ao exame desta Corte decline-se preliminarmente da análise resumida das normas inseridas no Decreto Estadual nº 46.311/2013, que insere, no art. 16, §3º, o Sistema de Registro de Preços Permanente – SRPP e, ainda, a figura do “Registro de Interesse de licitantes” como opção para o SRPP. Vejamos as normas constantes do decreto, atinentes ao sistema, que colacionamos:

- o edital do SRP deve observar, no que couber, o disposto no art. 40 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, na Lei Federal nº 10.520, de 2002, e na Lei nº 14.167, de 2002
- o prazo de validade da ARP não poderá ser superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações com previsão na ata, nos termos do inciso III do art. 15 da Lei Federal nº 8.666, de 1993
- **podará ser realizado o SRPP**, com as seguintes premissas:
 - . será processado por pregão
 - . o edital deverá conter a informação de que a validade dos preços ofertados não será superior a doze meses
 - . o edital deverá conter expressa previsão da atualização permanente de preços
 - . a atualização de preços no SRPP, com periodicidade mínima anual, será feita pela reabertura da fase de lances da licitação
 - . é condição de validade do SRPP a permissão de participação de novos licitantes interessados, bastando o preenchimento das condições previstas no edital, comprovadas no credenciamento
 - . com o objetivo de sinalizar ao mercado prestador do serviço ou fornecedor o potencial de contratação governamental, poderá ser publicado, pelo menos a cada doze meses, relação de expectativa de demanda, contendo a quantidade e a especificação completa dos bens e serviços que pretendem adquirir no exercício seguinte, separada sempre que possível por ramo de atividade

. o edital do SRPP poderá ser publicado estabelecendo que os licitantes deverão informar somente seu **interesse em ofertar proposta (registro de interesse)**, com as seguintes premissas:

- é dispensável a anexação do Termo de Referência
- deve conter indicação de que seu objetivo é atender a determinada relação de expectativa de demanda, com a indicação do item e da quantidade máxima estimada
- apresentação dos preços somente quando ocorrer a necessidade da Administração, com definição do item e quantidade demandada (até o máximo indicado no edital), momento em que se dará a disputa de lances e o registro dos preços
- a necessidade do produto não poderá ser superior à quantidade indicada no edital
- informação a todos os licitantes que se credenciarem para a oferta de proposta no respectivo item, pela internet, e, ainda, se possível, por correspondência eletrônica
- possibilidade de se convocar apenas os licitantes que manifestaram o interesse no item ou no lote para apresentar proposta e disputar lance para a demanda ou registro do preço.
- realização do pregão em prazo mínimo de 48 (quarenta e oito) horas após a informação da demanda com valor estimado superior a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Confrontando as regras do Decreto descritas acima com as regras válidas na legislação para qualquer licitação, poderia ser entendido regular o registro de interesse antecipado que observasse determinadas condições:

- ser realizado como um sinalizador ao mercado de demandas futuras;
- manifestação de interesse dos licitantes e respectivo credenciamento;
- dispensa de anexação de Termo de Referência, TR;
- indicação da descrição de cada item e da quantidade máxima estimada;
- descrição de cada item do objeto, de forma sucinta e clara, de forma que se possam fazer diversas contratações independentes, oriundas de cada disputa de lances;
- futura publicação de pregões e dos respectivos Termos de Referência, com a indicação do item e da quantidade demandada em cada ocasião, até o máximo indicado no edital, para apresentação da proposta de preço;
- pesquisa de mercado para estimativa dos preços dos itens;

- futuro registro dos preços em ata de RPP dos itens demandados, depois de cada disputa;
- validade máxima dos preços registrado na ata de RPP de 12 (doze) meses;
- futura contratação do item registrado, sendo que, para serviços, o prazo inicial fica adstrito aos créditos orçamentários, não podendo ser superior a 12 (doze) meses, admitida a previsão de prorrogações do nos termos da lei e conforme previsão da minuta de contrato;
- atualização dos preços registrados, com reabertura da fase de lances e previsão de apresentação de novos licitantes, durante o credenciamento.

Ressalta-se que a prerrogativa de se convocar para a futura disputa apenas os licitantes que registraram seu interesse (§ 4º, III, art. 16) não foi citada aqui, pois confronta-se claramente com uma regra básica de validade do SRPP, qual seja, a permissão de participação de novos licitantes interessados (art. 17, I), o que inviabiliza sua aplicação. Assim, verifica-se que há incompatibilidade dentro do próprio Decreto. Ademais, observa-se que o Decreto Estadual extrapola de seu poder regulamentador ao criar regra conflitante com as leis instituidoras da licitação, qual seja: universalidade de participação de interessados com condições de habilitação.

In casu, o Município realizou um “pregão”, no qual não houve disputa alguma, mas apenas o credenciamento de licitantes com condições de habilitação para pregões futuros previstos no edital, visando ao Registro de Preços Permanente. Dessa forma, o “pregão” original não pode sequer ser considerado um pregão, pois o objetivo primordial do pregão é a disputa de preços e sua característica básica é a inversão de fases, quando somente se analisa a documentação dos vencedores da disputa. Além disso, não foi divulgada a descrição dos itens para parcelamento do objeto relativo em cada futuro pregão.

Esta Unidade Técnica entende que, a se observar o Decreto Estadual, o registro de interesse não deveria ser feito por pregão, mas sim uma convocação para os interessados registrarem seu interesse nos futuros pregões para determinado objeto, com indicação dos itens e quantidade máxima estimada. Assim, funcionaria como um sinalizador ao mercado do que se pretende contratar. Após, quando surgissem as demandas, a Administração realizaria os pregões para o SRPP, definindo nesse momento o(s) item(ns) e quantidade(s) demandadas, pesquisa e estimativa de preço, Termo de Referência, seguindo todas as demais normas relativas ao pregão, inclusive quanto à ampla competitividade.

Da forma que se coloca no edital em comento, há já uma estimativa orçamentária, entretanto, esta apresenta-se sem embasamento na descrição objetiva do objeto, nas quantidades e em pesquisa de mercado. Indica-se apenas uma “verba” disponível para a despesa, em confronto com a legislação, que exige o orçamento dos serviços antes das contratações, como dito anteriormente. Além disso, a vigência não foi delimitada em até 12 (doze) meses, conforme norma para o Registro de Preços.

Verifica-se que o parecer apresentado pela Recorrente cita a Intenção de Registro de Preços – IRP, instituído pelo Decreto Federal nº 7.892/13, como um “incremento da norma federal

sem paralelo nas leis”, além de outros institutos como o “carona” e da “abertura de nova possibilidade de lance, finda a licitação”, regulamentador do SRP, criados a título de regulamentar o SRP no âmbito federal.

Ao que parece, houve um equívoco ao comparar o IRP, instituído pelo Decreto Federal, com a figura do “registro de interesse” inserida pela Decreto Estadual, descrito acima, que diferenciam-se completamente:

- o Sistema de Registro de Interesse – SRI, previsto no Decreto Federal, é direcionado aos **órgãos participantes**;

- o simples “registro de interesse”, previsto no Decreto Estadual, é direcionado aos **licitantes**.

Outro equívoco que se percebe no citado parecer foi citar a “abertura de nova possibilidade de lance, finda a licitação”, como prerrogativa contida no Decreto Federal, onde não se encontra. Foi o Decreto Estadual que criou tal possibilidade, prevista para o SRPP. Nesse caso, a nova possibilidade de lances inclui a participação de novos licitantes, findo o prazo de validade dos preços registrados.

Alegam as pareceristas que o SRPP não seria “delineado” pelas leis, não devendo haver comparação entre “os dispositivos legais e as variáveis do Decreto Mineiro”, cuja ilegalidade “não se deve cogitar em arguir”. Também emitem parecer de que o Tribunal de Contas “exacerba” de sua competência ao apreciar a constitucionalidade de leis e atos públicos.

Na verdade, não foi arguida inconstitucionalidade, mas suposta ilegalidade, e esta Unidade Técnica entende que nunca se pode deixar de arguir a legalidade de um decreto, senão não haveria razão para a existência de leis. Se a lei institui os conceitos gerais, qualquer condição regulamentadora não pode conflitar com esses conceitos legais.

Nesse diapasão, manifestou-se o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em seu parecer de fls. 806/811v. do Processo nº 924.255, que embasou a decisão desta Corte de Contas ora recorrida:

38. [...] a realização de pregão para o “registro apenas do interesse em ofertar proposta de serviços”, tal como ocorreu no procedimento licitatório ora examinado, foi amparada no art. 9º, § 11, e no art. 16, §§ 3º e 4º, todos do Decreto Estadual n. 46.311/2013.

39. Neste procedimento utilizado pelos denunciados a fase de lances do pregão é postergada para o momento em que se concretizar a demanda da Administração, a qual foi somente estimada quando da publicação do edital.

40. Ocorre que o procedimento descrito nos dispositivos acima mencionados não encontra amparo na Lei Federal n. 8.666/93 ou na Lei Federal n. 10.520/02.

41. E o procedimento estabelecido pela Lei Federal n. 10.520/02 para o pregão foi desvirtuado no certame ora examinado, uma vez que a CEMIG

realizou Pregão Eletrônico em que a sessão pública não se inicia pela apresentação de proposta de preços e fase de lances.

42. A principal característica a distinguir o pregão das modalidades licitatórias previstas na Lei Federal n. 8.666/93 é a inversão da ordem das fases de habilitação e apresentação de propostas. Por isso, o procedimento realizado pelos denunciados sequer poderia ser denominado pregão.

43. Trata-se, na realidade, de nova modalidade licitatória criada por Decreto Estadual e implementada pela denunciada com o emprego de analogia à pré-qualificação.

44. Aliás, o certame ora analisado em nada se assemelha a uma concorrência pública, única modalidade licitatória que pode ser iniciada com a pré-qualificação, nos termos do art. 114 da Lei Federal n. 8.666/93.

45. Cabe ressaltar que a instituição de nova modalidade licitatória ou qualquer alteração na disciplina das modalidades já previstas nas Leis Federais n. 8.666/93 e 10.520/02 só pode se dar por meio de lei em sentido estrito e, ainda, que nos termos do art. 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação”.

46. Por fim, destaque-se que, apesar de devidamente intimados para tanto, os responsáveis não informaram qual o procedimento adotado como regra nas demais contratações do mesmo gênero para dar efetividade ao disposto no art. 17, inciso I c/c o art. 14, § 4º, ambos do Decreto Estadual n. 46.311/2013, ou seja, permitir a participação de novos licitantes interessados em aderir às atas do sistema de registro de preços permanente, inclusive aquelas referentes ao registro apenas do interesse em ofertar proposta, que devem ser atualizadas em período de tempo igual ou inferior a 12 (doze) meses.

47. Diante do exposto, a realização de pregão para o “registro apenas do interesse em ofertar proposta de serviços” deve ser procedimento rechaçado por esta Corte de Contas, em razão de sua ilegalidade, impondo-se aos responsáveis a determinação para que se abstenham de deflagrar novos certames com o mesmo procedimento enquanto não houver lei em sentido estrito a ampará-lo. (grifou-se)

Tem-se, pelo exposto, algumas condições consideradas irregulares na licitação em comento:

- não houve a descrição de cada item e de suas quantidades máximas, confrontando com o item 2 do edital (fl. 502) que prevê futuras contratações com regimes variados, quais sejam, unitário, mensal e global;

- foi informada a estimativa máxima para a despesa da licitação, porém, sem fulcro em pesquisa de mercado para cada item, tanto unitário, mensal ou global, conforme previsão legal;

- não foi definido o prazo de validade para a(s) ata(s) de registro de preços, que deve(m) limitar-se s 12 (doze) meses;
- foi realizada sessão para conferência da habilitação dos licitantes (fls. 99/109), nos moldes da pré-qualificação, embora a modalidade seja pregão;
- foi utilizada modalidade licitatória não prevista em lei.

Assim, esta Unidade Técnica entende pelo não provimento ao recurso interposto, não cabendo alteração da decisão desta Corte de Contas, que considerou irregular a modalidade “pregão para o registro do interesse em ofertar proposta de serviços”, bem como o prazo de validade de 60 meses previsto para a “ata de registro de interesse”, pois, embora amparados no Decreto Estadual n. 46.311/2013, não estão previstos nas Leis Federais n. 8666/93 e n. 10.520/02 que regem a matéria, sendo vedada a criação de modalidade licitatória não prevista em lei, por meio de decreto.

3.2 – Da exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor total da contratação estimada para 60 (sessenta) meses

A Recorrente alega que a exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo de cerca de 10% do valor global de R\$ 10.300.000,00 estimado para a demanda, contida no edital, deve-se à busca da segurança formal, econômica e jurídica das contratações. Alega que, embora “valores menores podem ser resultantes em cada operação, de igual maneira poderá haver uma única contratação que demande todo o conteúdo mencionado no certame”.

Reza a Recorrente que “a exigência de patrimônio líquido prende-se à garantia da capacidade financeira da empresa contratada em honrar a execução de serviços de grande vulto e complexidade técnica nas atividades de manutenção e recuperação de equipamentos pertencentes aos ativos de geração”, “questão fulcral da contratante”, e que não teria havido intenção em reduzir a competitividade do certame.

Acrescenta que o fracionamento do objeto poderia ocorrer em “pouquíssimos lotes” de valores “exacerbados”. Sugere que a empresa denunciante teria tentado “adivinhar” que o objeto poderia ser fracionado em lotes pequenos, vez que o edital apenas especificou que “poderá” haver contratações inferiores a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), por ser seu “exclusivo interesse em atender somente esse tipo de fornecimento, eis que não possui patrimônio líquido para fornecimentos de grande monta.

Da análise das razões recursais

Tem-se pacificado na jurisprudência e na doutrina que cada lote é uma contratação independente. Qual não seria se não fosse possível licitar separadamente cada um. Sempre que

houver interdependência entre mais de um serviço, de qualquer monta, mediante motivação, pode-se fazer uma contratação única, global, com indicação dos itens componentes. Não transparece ser esse o caso.

A Lei nº 8.666/93 permite que se possa exigir dos licitantes a comprovação de patrimônio líquido de até 10% do valor estimado **da contratação**. Ora, se cada lote é uma contratação, a exigência de patrimônio líquido foi nivelada, *in casu*, por cima, ou seja, o licitante deveria comprovar uma capacidade financeira acima do valor admitido pela Lei, ou seja, deveria comprovar sua capacidade para executar a globalidade dos serviços da licitação original, e não apenas dos serviços licitados em cada lote.

Verifica-se que a própria Recorrente afirma que, embora previsto que o objeto poderá ser parcelado em lotes desiguais, que poderão ser de valores pequenos ou vultuosos, fixou o valor mínimo para o patrimônio líquido considerando o somatório previsto para todos os lotes.

Com isso, a Recorrente acaba por admitir que não foi especificado, no objeto do pregão em análise, quais seriam os itens componentes, de forma a informar aos licitantes como poderia ser parcelado o objeto. Aduz a Recorrente que a empresa denunciante teve de esforçar-se em “adivinhar” como seriam os lotes futuros, admitindo dessa forma, grave afronta à transparência e objetividade do edital.

O TCU registrou, no ACÓRDÃO Nº 2895/2014 - TCU – Plenário:

[...] a comprovação de patrimônio líquido de 10% deveria ter sido exigido com base em valor estimado de cada lote e não no valor estimado total de contratação, bem como não constou do edital cláusula a fim de assegurar que somente seriam adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais apresentassem os requisitos necessários para garantir o cumprimento das obrigações contratuais que seriam assumidas, à luz do Acórdão 484/2007-TCU-Plenário;

Entende o TCU que deve haver previsão no edital para que, se algum licitante vencer mais de um lote, devem ser apresentados os requisitos necessários para garantir o cumprimento das obrigações contratuais que seriam assumidas.

Verifica-se que a ausência de detalhamento dos itens que possibilitariam parcelar o objeto, representa restrição à competitividade, pois empresas de menor porte poderiam disputar os lotes de menor valor. Se essas empresas vencessem a disputa de mais de um lote, a Administração poderia se salvaguardar exigindo a comprovação de sua capacidade financeira de assumir todos os lotes.

Conquanto torne-se inócuo o sistema de registro de preços, que se justifica pela irregularidade da demanda, afirma a Recorrente haver a possibilidade de se fazer uma contratação única, o que tornaria aceitável a exigência de comprovação de patrimônio líquido de até 10% do valor global relativo ao prazo de 12 (doze) meses e não do valor relativo ao período de 60 (sessenta) meses.

Como a Recorrente ateu-se a atacar a empresa denunciante como oportunista e não apresentou novas razões que justificassem sua opção pela exigência do patrimônio líquido com base no valor global relativo ao prazo de 60 (sessenta) meses, esta Unidade Técnica volta às

razões expostas no parecer do Ministério Público de Contas nos autos do Processo nº 924.255, fls. 806/811v., que considerou a primeira análise técnica efetuada e embasou a decisão recorrida:

19. De início, compete frisar que a Unidade Técnica, já em seu exame inicial de fls. 633/648, asseverou não assistir razão ao denunciante quanto à exigência de comprovação do patrimônio líquido referenciar-se pelos valores das contratações isoladas.

20. Tampouco foi aventada ausência de amparo legal para a exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo como requisito de habilitação econômico-financeira.

21. O edital ora examinado contém exigência que restringe indevidamente a competitividade no certame, mas sua ilegalidade se dá por motivos diversos daqueles alegados pela denunciante.

22. A irregularidade apontada pela Unidade Técnica e por este Órgão Ministerial reside no fato do valor total estimado de R\$ 10.300.000,00 (dez milhões e trezentos mil reais) comportar o atendimento de uma demanda de 60 (sessenta) meses e não 12 (doze) meses, conforme demonstram os documentos de fls. 628 e 629, com os quais se inicia o processo licitatório ora examinado.

23. Ou seja, foi equivocada a base de cálculo utilizada pelo ente licitante para definir o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) como patrimônio líquido mínimo para habilitação econômico-financeira dos licitantes. E tal equívoco está diretamente atrelado à vigência prevista no item 4 da minuta da “Ata de Registro do Interesse em ofertar proposta”, *in verbis*:

4 – VIGÊNCIA

A presente Ata de Registro do Interesse em apresentar proposta para expectativa de demanda de material, vigorará enquanto houver saldo relativo à expectativa de demanda de **R\$ 10.300.000,00** (Dez milhões e trezentos mil reais), indicada no Edital de licitação do Sistema de registro de preços permanente – SRPP, nº **MS/CS 500-J07215**. (Grifo original) (fls. 78)

24. Considerando que o valor acima descrito representa a expectativa de demanda para um período de 60 (sessenta) meses, a Ata de Registro do Interesse em Ofertar Proposta decorrente do certame ora examinado também teria vigência de até 60 (sessenta) meses.

1. Apesar do art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei Federal n. 8.666/93 autorizar a Administração a exigir das licitantes a comprovação de patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor da contratação, **tal valor deve ser calculado com base na prestação dos serviços pelo período de 12 (doze) meses.**

2. Isso em razão de, conforme já detalhadamente exposto nos exames realizados pela Unidade Técnica, o art. 15, § 3º, inciso III, da Lei Federal n.

8.666/93 estabelecer que a validade da ata de registro de preços não pode ser superior a um ano.

3. E, como não poderia deixar de ser, o Decreto Estadual n. 46.311/2013, em seu art. 9º, § 10, inciso I, também deixa claro que mesmo no sistema de registro de preços permanente, a validade dos preços ofertados não será superior a 12 (doze) meses. O mesmo Decreto ainda determina em seu art. 14, *caput*, que o prazo de validade da ata de registro de preços não poderá ser superior a 12 (doze) meses.

4. Aduziram os defendentes que não podem ser confundidos o “registro de interesse” e a “ata de registro de preços” e que a Lei Federal n. 8.666/93 e o Decreto Estadual n. 46.311/13 estabelecem a validade de 12 meses apenas para a “ata de registro de preços”, sendo omissos quanto à vigência da “ata de registro de interesse”.

5. Tais argumentos defensivos, no entanto, também não podem ser acolhidos.

6. De fato, a Lei Federal n. 8.666/93 não estabeleceu prazo de vigência para “o registro de interesse”, mas não o fez simplesmente por não ter previsto tal instrumento entre aqueles disponíveis para utilização da Administração nas contratações públicas.

7. Ou seja, a realização de pregão para o “registro apenas do interesse em ofertar proposta de serviços” e a celebração de “ata de registro de interesse em ofertar proposta”, tal como ocorreu no procedimento licitatório ora examinado, não encontram previsão na Lei Federal n. 8.666/93 e na Lei Federal n. 10.520/02.

8. Assim, não há que se falar, como pretendem os defendentes, em omissão legislativa passível de ser suprida por analogia. A analogia está sendo utilizada, em verdade, para criar modalidade licitatória não prevista em lei.

9. Frise-se que as disposições do Decreto Estadual n. 46.311/13 também não socorrem os defendentes. E nem poderiam, pois a função do decreto é regulamentar a lei, disciplinando os procedimentos necessários para a fiel execução desta. Não pode o decreto, em nenhuma hipótese, inovar o Direito para criar nova modalidade licitatória.

10. Dessa forma, o valor utilizado como base de cálculo do patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) deve ser o valor estimado da contratação pelo período de 12 (doze) meses, não de 60 (sessenta) meses.

11. Nesse sentido veja-se o seguinte julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA
- SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30,
II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA
E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/93 -

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES - ILEGALIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência. "O prequestionamento diz com a adoção de tese pelo voto condutor e não com o conteúdo do "voto vencido". Se a posição majoritária foi explicitada em voto, com considerações genéricas, carecedoras de objetividade, e ainda, sem indicação dos dispositivos legais pertinentes, os embargos de declaração deveriam ter sido opostos (Súmulas n. 282 e 356-STF e 98-STJ)" (REsp 182.370/AC, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18.12.1998).

Apesar dos §§ 2º e 3º do artigo 31 da Lei de Licitações disporem que a Administração, na execução de serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na hipótese dos autos essa exigência é ilegal, pois o valor do patrimônio líquido mínimo previsto no edital foi calculado com base na prestação do serviço pelo período inicial de 60 (sessenta) meses, contrariamente ao que dispõe o artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/93.

Recurso especial provido em parte.¹ [grifos nossos]

12. Outro não poderia ser o entendimento do TCU sobre o tema, conforme se verifica no seguinte julgado:

[Representação. Pregão eletrônico. Contratação de empresa para o fornecimento de auxílio alimentação via cartão magnético. Qualificação econômico-financeira. Exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo equivalente a 10% do período total da contratação (36 meses), o que corresponde a 30% do valor anual do contrato. O requisito de qualificação econômico-financeira deve pautar-se sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo do contrato for superior a este período. Determinação]

[ACÓRDÃO]

9.2. determinar à Dataprev que, quando da realização de futuras licitações:
9.2.1. faça incidir o valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo exigido como requisito de qualificação econômico-financeira sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo do contrato for superior a este período, nos termos dos §§ 3º e 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993;

¹ RESP 474.781/DF. STJ – 2ª Turma. Relator Ministro Franciulli Netto. Publicado no DJ de 12/05/2003, p. 297.

[RELATÓRIO]

8.3 Argumenta-se que o valor exigido de comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo representa menos de 10% do valor estimado da contratação vindoura, e que esta exigência estaria de acordo com o § 3º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993.

Análise técnica

8.3.1 De fato constata-se, diante do previsto no item 6.1.3 do referido edital, que o valor máximo estimado para a contratação é de R\$ 95.544.564,76 (noventa e cinco milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e setenta e seis centavos), e portanto a exigência constante do item 8.1.2 é de aproximadamente 10% do valor estimado para a contratação. Todavia, ratificando a análise constante da instrução precedente, entendo que a questão está adstrita ao fato do valor estimado global ser relativo a um prazo contratual inicial de 36 (trinta e seis meses), e não a um prazo de 12 (meses).

8.3.2 Isto faz com que este valor exigido como requisito de qualificação econômico-financeira se eleve a um patamar que se aproxima de 30% do valor anual da contratação.

8.3.3 Fere o princípio da razoabilidade admitir-se que o valor estimado global que serve de base de cálculo do referido percentual de até 10 %, conforme preconiza o art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/1993, seja artificialmente multiplicado, em decorrência do excessivo prazo contratual de 36 (trinta e seis) meses previsto no edital.

8.3.4 Pelo fato da natureza dos serviços a serem executados ser de forma contínua dever-se-ia, no que tange à aplicação do percentual de até 10%, obedecer o disposto no caput e inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, que fixa que a duração do contrato poderá ser prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses, sendo como regra o prazo de vigência inicial de 12 meses.²

13. Diante do exposto, o Ministério Público de Contas entende ser ilegal a exigência de patrimônio líquido mínimo superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) no edital ora examinado, por extrapolar o limite estabelecido no art. 31, § 3º, da Lei Federal n. 8.666/93. E, ainda, que tal exigência restringiu indevidamente a ampla competitividade no certame, violando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República.

Ex positis, esta Unidade Técnica entende não poder ser modificado o entendimento que culminou com a decisão desta Corte de Contas, que considerou “irregular a exigência constante do edital de comprovação do patrimônio líquido mínimo de 10% do valor total da contratação estimada para 60 (sessenta) meses”.

² [AC-1335-20/10-P](#) Sessão: 09/06/10 Grupo: II Classe: VII Relator: Ministro JOSÉ MÚCIO MONTEIRO



4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, este Órgão Técnico entende pelo não provimento do Recurso interposto pela CEMIG GERAÇÃO E TRANSMISSÃO S/A, CEMIG GT, não cabendo alteração da decisão proferida pela Primeira Câmara na sessão de 11/8/2015, nos autos da Denúncia nº 924.255, que julgou irregular o Edital do Pregão Eletrônico nº 500 – J07165, substituído pelo Pregão Eletrônico nº 500 – J07215, nos termos da publicação de fl. 35.

Atendidos os princípios da ampla defesa e do contraditório, considera-se as alegações da Recorrente insuficientes para modificar a referida decisão da Primeira Câmara, permanecendo pertinente a intimação de que o “atual Presidente da CEMIG GT S.A. e o responsável pelo setor de licitações da empresa se abstenham de aditar os contratos já firmados em decorrência do certame em análise, bem como para que, nos novos procedimentos licitatórios, não incorram nas mesmas irregularidades apuradas” nesse certame.

À consideração superior,

CFEL, em 3 de maio de 2016.

Silvana Ferreira Piroli
Oficial de Controle Externo
TC-2060-2