



AUTOS DO PROCESSO: 932.541

1 - IDENTIFICAÇÃO

Tratam os autos de Denúncia formulada por ISRAEL E ISRAEL LTDA em face do procedimento licitatório referente ao edital de Pregão Presencial SRP nº 48/2014, deflagrado pela PREFEITURA MUNICIPAL DE BOM DESPACHO, cujo objeto é a aquisição de alimentos diversos, com valor total estimado em de R\$ 221.142,27 (duzentos e vinte e um mil, cento e quarenta e dois reais e vinte e sete centavos).

2 - DOS FATOS, DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

A documentação de fls. 01/76 foi recebida como Denúncia pela Presidente, Exma. Conselheira Adriene Andrade, que determinou a sua autuação e distribuição (fl.78).

Os autos foram distribuídos ao Exmo. Conselheiro Cláudio Terrão (fl.79), que no despacho de fls.80/81 determinou a intimação do Sr. Fernando José Castro Cabral, Prefeito Municipal, e da Sra. Camilla Porto Camargos Vasconcelos, Pregoeira, para que remetessem a este Tribunal cópia de toda a documentação relativa ao procedimento licitatório em análise, fases interna e externa, bem como o respectivo contrato, se houvesse, sob pena de multa. Determinou ainda que os autos fossem enviados à Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação – CAEL, para que procedesse ao exame integral da denúncia e do ato convocatório, e, após, ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer.

Os responsáveis foram devidamente intimados, conforme comprovantes de fl.84, e apresentaram a documentação de fls.85/379.

Às fls. 391/392, o Relator manifestou-se:

Diante da comunicação e da comprovação nos autos da anulação do procedimento licitatório, remeto os autos à **Secretaria da Segunda Câmara** a fim de que proceda à intimação dos Senhores José Castro Cabral e Camila Porto Camargo Vasconcelos, respectivamente, Prefeito do Município de Bom Despacho e Pregoeira, a fim de que, no prazo de 05 (cinco) dias, informem acerca da existência de novo procedimento visando à contratação do objeto constante no edital de Pregão Presencial nº 048/2014, assim como o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



envio de cópia do novo procedimento, fases interna e externa, porventura existente; ou, ainda, de previsão para deflagração de novo procedimento, sob pena de imputação da multa prevista no art. 85, III, da Lei Orgânica.

À fl. 397, o Relator manifestou-se:

Junte-se aos autos a documentação protocolizada sob o nº 0000428010/2014, por meio do qual o Senhor Alysson Elias Macedo, Pregoeiro do Município de Bom Despacho, comunica que o Pregão Presencial SRP nº 48/2014 foi retomado, com a publicação de novo ato convocatório.

Em seguida, remetam-se os autos à Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação – CAEL, a fim de que proceda ao exame integral do novo edital. Ato contínuo, ao Ministério Público de Contas, para emissão de parecer nos termos do art. 61, § 3º, do Regimento Interno.

Às fls. 398/665, Camila Porto Camargo Vasconcelos, Pregoeira, enviou documentação, protocolizada sob o nº 0000428010/2014, relativa à retificação do Pregão Presencial SRP Nº 48/2014 e respectivo processo licitatório.

Às fls. 666/667 esta Unidade Técnica considerou que, não se observando no edital retificado de fls.447/475 a exigência de que a contratada seja sediada/localizada no município, entendeu que a denúncia perdeu seu objeto, e em decorrência, opinou pelo arquivamento dos autos e remeteu os autos ao Ministério Público de Contas.

Às fls. 669/673, o Ministério Público de Contas emitiu parecer e aditou as seguintes irregularidades:

- a) proibição de participação de empresas reunidas em consórcio;
- b) restrição à apresentação de Impugnação;
- c) exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa.

À fl. 674, o Relator manifestou-se:

Com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa, encaminho os autos à **Secretaria da Primeira Câmara**, para que promova a citação dos Senhores Fernando José Castro Cabral e Alysson Elias Macedo, respectivamente prefeito municipal de Bom Despacho e gerente de licitações, compras e gestão de contratos, bem como da Senhora Camila Porto Camargos Vasconcelos, pregoeira oficial, para, querendo, apresentarem as alegações que entenderem pertinentes acerca dos fatos apontados na manifestação do Ministério Público de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias.

Às fls. 682/688, a Senhora Camilla Porto Camargos Vasconcelos, pregoeira oficial e o Senhor Fernando José Castro Cabral, prefeito municipal, apresentaram defesa e documentação.

Isso posto, passa-se ao exame da defesa e da documentação anexadas, às fls. 682 a 688, em face das irregularidades verificadas nos autos.



2.1 Proibição de participação de empresas reunidas em consórcio

Às fls. 669/673, o Ministério Público de Contas manifestou-se:

Foi constatada a existência de ilegalidade presente no Edital do Pregão Presencial nº SRP nº 48/2014, referente à proibição de consórcios, conforme se infere na leitura do subitem 3.2 (fl. 449).

Sobre a questão, o art. 33, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93 atribuiu à Administração a prerrogativa de admitir nas licitações que promova a participação de empresa em consórcio.

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.

Às fls. 682/688, a Senhora Camilla Porto Camargos Vasconcelos, pregoeira oficial e o Senhor Fernando José Castro Cabral, prefeito municipal, apresentaram defesa alegando que:

[...] a não participação de consórcio em licitações é a regra. A participação geralmente ocorre em licitações de grande vulto ou alta complexidade, como em grandes obras.

Trata-se de licitação muito simples, para aquisição de alimentos, ligada a atividade diária da Administração, não havendo nada de extraordinário.

[...] podemos até concordar com o MP que, em caso de não admissão de consórcio, a escolha deveria ser justificada. Contudo, em licitação tão simples, como a aquisição de alimentos, que faz parte do dia a dia da Administração, faz-se até desnecessário justificar que não é indicada a participação de consórcio.

Análise:

Registre-se que a admissão de consórcios em uma licitação é uma possibilidade oferecida pela lei ao administrador público. Todavia, é preciso que se esclareça que o Poder Público não pode dispor de tal instrumento quando bem entender – sempre há que se ter em vista o interesse público. No caso específico, averiguar se o objeto da licitação comporta ou não a execução por meio de empresas consorciadas.

Sabe-se que a utilização de consórcio é uma forma de conjugação de esforços, seja para qualificação técnica, seja para qualificação econômico-financeira, a permitir que a empresa, que isoladamente não atenderia às condições editalícias, participe de determinada licitação, unindo-se a outras empresas que a suprem em um item ou outro. Em tese, implica ampliar o universo de licitantes, atendendo com isso ao princípio da competitividade.

Com essas considerações iniciais, esta Unidade Técnica entende que a previsão da participação de empresas em consórcio no edital de licitação está no âmbito do poder discricionário do administrador público, conforme se depreende do *caput* do art. 33 da Lei nº 8.666/93:



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

Verifica-se, pois, que a participação de consórcio na licitação depende de autorização do administrador público, a quem cabe avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios, em face do vulto e/ou complexidade técnica do objeto do certame, sempre levando em consideração o interesse público.

Na forma do art. 33 da Lei nº 8.666/93, a participação de consórcio nas licitações está condicionada à existência de permissivo nesse sentido no edital. Assim, em um primeiro momento, depende de autorização da Administração.

A finalidade básica em permitir a participação de consórcios é oportunizar a ampliação da competitividade, uma vez que empresas interessadas no certame poderão reunir recursos financeiros e técnicos, em face do vulto de determinados empreendimentos desejados pela Administração, que isoladamente só poderiam ser realizados por poucas empresas ou até, eventualmente, por nenhuma, em particular considerada.

Daí porque, em função da complexidade ou do vulto do objeto a ser licitado, caberá à Administração, por ocasião do planejamento da licitação, avaliar a conveniência e a oportunidade em torno da admissão ou não de consórcios¹.

Ainda que se considere que o caráter discricionário do administrador público é relativo, e não absoluto (acórdão nº 1678/2006 – Plenário do TCU), dependendo do caso concreto, verifica-se que, no caso dos autos, o objeto do certame (a aquisição de alimentos) não se esbarra nas questões de maior vulto e de maior complexidade técnica, a justificar a necessidade de formação de empresas em consórcio para participação na licitação, de forma a unir esforços para se conseguir somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas.

O contrário, poderia até prejudicar a competitividade do certame, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado. Ou seja, nem sempre a participação de empresas reunidas em consórcio nos certames públicos garante a competitividade nas licitações; há casos em que o efeito é justamente o inverso.

Ressalte-se que 5 empresas participaram do certame, conforme ata de fl.642.

Diante do exposto, este Órgão Técnico entende que não se vislumbra a irregularidade apontada, contudo, considerando o princípio da motivação, recomenda-se que nos próximos

¹ Fonte: www.zenite.com.br. PERGUNTAS E RESPOSTAS - 1005/212/OUT/2011.



processos licitatórios, o responsável motive a sua eventual vedação de participação de consórcio no procedimento licitatório.

2.2 Restrição à apresentação de Impugnação

Às fls. 669/673, o Ministério Público de Contas manifestou-se:

O Subitem 17.5 (fl. 458) determinou que qualquer pessoa poderá impugnar o edital mediante petição a ser protocolizada na Gerência de Licitações da Prefeitura, bem como o Subitem 17.5.1 constou que a Prefeitura não se responsabilizaria por impugnações via postal ou por outras formas, entregues de forma diversa do que fora mencionado no subitem anterior.

Desta forma, o instrumento convocatório em análise acaba por restringir o direito do licitante e de terceiros de terem resguardados o exercício do corolário constitucional do contraditório e ampla defesa, consignados na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso LV, estando ainda devidamente previstos no art. 109 da Lei federal nº 8.666/93, caracterizando assim uma ilegalidade.

Às fls. 682/688, a Senhora Camilla Porto Camargos Vasconcelos, pregoeira oficial e o Senhor Fernando José Castro Cabral, prefeito municipal, apresentaram defesa alegando que na análise dos subitens referentes à apresentação de impugnação (17.5 e 17.5.1):

[...] fica evidente que não há restrição na apresentação de impugnação ao Edital. O município afirma que não se responsabilizará por outras formas de propositura, mas em momento algum diz que as impugnações não serão analisadas.

O que o item deixa claro é que o Município não se responsabiliza no caso de, tendo escolhido outra forma de envio, o recurso não seja apresentado no prazo legal.

Ora, é possível que a impugnação enviada por via postal seja extraviada, não chegue em tempo ou seja encaminhada para o endereço errado, entre outros imponderáveis. E, nestes casos, o Edital ressalva que essas possíveis ocorrências não são de responsabilidade do Município.

Análise:

Apontou o Ministério Público que o edital exige que as impugnações sejam protocolizados na Prefeitura (subitens 17.5 e 17.5.1), excluindo a possibilidade de interposição por via postal ou por outras formas, cerceando, assim, o direito do licitante de ter resguardado o exercício do corolário constitucional do contraditório e da ampla defesa.

O edital determina que os documentos relativos a impugnações devem ser protocolizados, medida correta para proporcionar transparência. A forma descrita no edital não impõe os meios de entrega, determina apenas que sejam protocolizados, o que é um ato interno do



Órgão, possível e recomendável para documentos que cheguem pessoalmente, por terceiros (Correios, transportadoras, etc.), por fax ou e-mail.

Contudo, apesar de o edital não exigir que esse protocolo seja entregue pessoalmente pelo licitante, não estabelece quais as formas possíveis para o envio dos documentos. Esta Unidade Técnica entende que os documentos possam ser enviados pelos meios usuais, ou seja, pessoalmente, por correio, fac-símile ou e-mail, desde que recebidos no prazo estipulado nos termos da lei e, em seguida, protocolizados pela Administração, para que se registre a data e horário do recebimento.

O Estatuto das Licitações, que data do ano de 1993, determina que as impugnações devem ser protocoladas (art. 41) e silencia-se sobre a forma de entrega dos recursos (art. 109), entretanto, as inovações da tecnologia foram absorvidas pela jurisprudência e pela doutrina, como poder-se-ia esperar.

Nesse aspecto, vale destacar trecho de manifestação do Tribunal de Contas da União citada pelo Parquet, com a orientação de que a Administração “aceite a apresentação de RECURSOS OU IMPUGNAÇÕES via fax, condicionada à apresentação do documento original dentro de prazo a ser estipulado”, considerando que “não é dado à Administração o direito de rejeitar a entrega de recursos administrativos via fax”. (Acórdão nº 013.316/2004-7 Segunda Câmara, AC-2616-26/08-2, rel. Min. André Luís de Carvalho, 31/07/2008). Pode-se utilizar do mesmo raciocínio para documentos enviados por e-mail, por sua similitude com os documentos em fax.

Assim, entende-se como irregular a restrição a apresentação de impugnações de forma presencial.

2.3 Exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa

Às fls. 669/673, o Ministério Público de Contas manifestou-se:

O subitem 9.7 (fl. 455) do edital estabelece que deverá ser apresentado o alvará de localização e funcionamento. Tal exigência se mostra indevida, tendo em vista que não está descrito no rol dos documentos exigidos pela Lei federal nº 10.1520/02, configurando violação ao princípio da competitividade.

Às fls. 682/688, a Senhora Camilla Porto Camargos Vasconcelos, pregoeira oficial e o Senhor Fernando José Castro Cabral, prefeito municipal, apresentaram defesa alegando que:



[...] não entendemos a exigência de Alvará de Localização e Funcionamento como Cláusula restritiva ou abusiva. Trata-se na realidade de exigência de caráter mínimo, sendo indispensável para garantir a segurança da contratação.

E mais, estamos aqui falando de licitação de extrema importância, pois o objeto era a aquisição de alimentos, para atender principalmente às escolas do Município. Portanto, a exigência do alvará é medida que visa resguardar a segurança na Contratação e do interesse público, neste caso voltado aos estudantes do Município.

Análise:

O Alvará de Funcionamento é um documento que não está inserido rol de documentos previstos no artigo 4º, inciso XIII, da Lei 10.502/02 e nos artigos 27 a 31, da Lei 8.666/93. A sua exigência importa somente para fins de se apurar a regularidade ou não do funcionamento de determinado estabelecimento comercial, industrial ou de prestação de serviços.

Assim, como bem apontado pelo d. Ministério Público de Contas, “a norma legal que rege a matéria veda a exigência de documentos outros que não aqueles estabelecidos nos dispositivos citados”, fazendo menção aos dispositivos da Lei 8.666/93, supracitados.

Ainda neste ponto, apesar de já mencionado pelo próprio Ministério Público, não é por demais se lembrar das palavras do Prof. Marçal Justem Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, quando menciona que: “o edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos”.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sumulou entendimento de que: “Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licença de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno” (Súmula 14)

Portanto, entende esta Unidade Técnica persistir a irregularidade apontada pelo *parquet*, consubstanciada na exigência de apresentação de alvará de funcionamento na fase de habilitação, presente no item 9.7.

3. CONCLUSÃO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Diretoria de Engenharia e Perícia e Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Por todo o exposto, após a análise da defesa e da documentação anexadas às fls. 682/688, entende este Órgão Técnico, s.m.j. que o procedimento licitatório possuiu as seguintes irregularidades:

- a) Restrição à apresentação de Impugnação;
- b) Exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa na fase de habilitação.

Respeitados o contraditório e a ampla defesa, entende-se que pode ser aplicada multa nos termos regimentais aos Srs. Fernando José Castro Cabral, Prefeito Municipal e Camilla Porto Camargos Vasconcelos, Pregoeira.

À consideração superior,

CFEL/DPME, 10 de novembro de 2016.

Maria Cristina Cardoso
Oficial do Controle Externo
TC-1731-8

Luciana Foureaux Miranda Salim
Analista de Controle Externo
TC 2741-1