



AUTOS DO PROCESSO: 932.541– 2014

1 - IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

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 o Registro de Preço para aquisição de alimentos diversos, com valor total estimado em R\$ 221.142,27 (duzentos e vinte e um mil, cento e quarenta e dois reais e vinte e sete centavos), fl. 465.

2 – DO RELATÓRIO

Protocolizada em 14/08/14, a denúncia veio acompanhada dos documentos de fls. 02/67. Contudo, por não atender aos requisitos previstos no §2º do art. 301 do Regimento Interno, uma vez que não foi comprovado que o signatário da petição era representante legal da empresa, a Conselheira-Presidente determinou, à fl. 68, que a denúncia fosse emendada, instruindo-a com a documentação faltosa.

Devidamente intimada, a Denunciante apresentou os documentos de fls. 71/76, tendo a Exma. Sra. Conselheira Presidente à época, Adriene Andrade, conforme despacho de fl. 78, determinado a sua autuação como Denúncia e a sua distribuição, nos termos do *caput* do artigo 305 da Resolução n. 12/2008, Regimento Interno deste Tribunal.

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, cumprida a determinação, 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.



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



Expedidos os ofícios de fls.82/83, os responsáveis foram devidamente intimados, conforme comprovantes de fl.84, tendo o Sr. Fernando José Castro Cabral apresentado os documentos de fls. 85/379.

Considerando que o Pregão Presencial SRP n. 48/2014 foi anulado, conforme fl. 384, a Unidade Técnica apresentou o relatório de fls. 381/383 e concluiu:

Ex positis, considerando a anulação do **Processo Licitatório nº 20298.000075/2014-13**, referente ao **Pregão Presencial SRP nº 48/2014**, deflagrado pela **Prefeitura Municipal de Bom Despacho/MG**, que deu origem ao presente feito, entende-se que restou configurada a perda do objeto e consequente perecimento do interesse desta Corte de Contas no seu prosseguimento, pelo que este Órgão Técnico sugere a extinção do presente feito, com fulcro no § 3º e inciso IV do art. 267 do Código de Processo Civil, bem como a propositura do arquivamento dos autos.

Às fls.388/389, o Ministério Público de Contas opinou nos seguintes termos:

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) determinar o **ARQUIVAMENTO** do presente feito pela **PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO**, extinguindo-o sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, c/c art. 176, inciso III, da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais);
- b) expedir **RECOMENDAÇÃO** ao Prefeito Municipal de Bom Despacho, para que, em caso de deflagração de novo certame com o mesmo objeto, remeta o novo Edital a essa Corte de Contas – no prazo de 05 (cinco) dias – para fins de controle de legalidade, sob as penas da lei.

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 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.



Às fls. 398/665, Alisson Elias Macedo, Pregoeiro do Município de Bom Despacho, enviou a documentação, protocolizada sob o nº 0000428010/2014, relativa à retificação do edital Pregão Presencial SRP Nº 48/2014 e respectivo processo licitatório. Foram encaminhados para análise os seguintes documentos:

- Despacho da Pregoeira revogando o edital anterior, fls.405/406;
- Comunicação do Prefeito sobre a republicação do edital de pregão 48/214, fl. 407;
- Publicação da anulação do pregão 48/214, fl. 408/409
- Planilha orçamentária, fls.439/442;
- Cotação de preços, fls.416/446;
- Edital e anexos, fls.447/475;
- Parecer da Procuradoria Municipal, fls.477/477v;
- Publicação do aviso do edital, fls.481/486;
- Credenciamento de licitantes, fls.494/570;
- Propostas de preços, fls.571/587;
- Documentação de habilitação, fls.588/641;
- Ata e Mapa do pregão, fls.642/660;
- Protocolos de entrega de amostras, fls.663/664.

Conforme relatório de fls.666/667, a Unidade Técnica analisou a documentação relativa ao Pregão Presencial SRP Nº 48/2014 retificado em face da denúncia, e concluiu nos seguintes termos:

Ex positis, considerando que não se observou no edital retificado de fls.447/475 a exigência de que a contratada seja sediada/localizada no município, entende-se que a denúncia perdeu seu objeto, e em decorrência, entende-se pelo arquivamento dos autos.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas que, conforme fls. 669/673, emitiu seu parecer aditando 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 nos seguintes termos:

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



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



alegações que entenderem pertinentes acerca dos fatos apontados na manifestação do Ministério Público de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias.

Os responsáveis, Srs. Fernando José Castro Cabral, Alysson Elias Macedo e Camilla Porto Camargos Vasconcelos foram citados, conforme fls. 676/681. Todavia, apenas a Sra. Camilla Porto Camargos Vasconcelos e o Sr. Fernando José Castro Cabral apresentaram as defesas de fls. 682/684 e fls. 685/688, respectivamente. Conforme documento fl. 690, o Sr. Alysson Elias Macedo, não apresentou defesa.

Os autos foram encaminhados à Unidade Técnica, conforme documento fl. 691, em cumprimento ao despacho de fl. 674.

Após a análise das alegações dos defendentes, esta Unidade Técnica apresentou o relatório de fls. 692/695, concluindo pela ocorrência das seguintes irregularidades:

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

O Ministério Público de Contas, às fls.697/698v, considerando que o Aviso de Recebimento (AR) juntado à fl. 681 não se encontrava assinado pelo Sr. Alysson Elias Macedo, e sim por terceiro estranho à presente relação processual, opinou nos seguintes termos:

Ex positis, o Ministério Público de Contas **OPINA** nos autos da presente **DENÚNCIA**, que seja(m):

- a) Determinada a expedição de **nova citação, pessoalmente**, ao Sr. **Alysson Elias Macedo**, Gerente de Licitações, Compras e Gestão de Contratos da Prefeitura Municipal de Bom Despacho, com fulcro no art. 166, § 1º, inciso III, da Resolução TCE nº 12/2008, para que lhe seja oportunizada, no prazo de 15 (quinze) dias, a apresentação de defesa com relação aos apontamentos de irregularidades contidos nos autos, em atendimento ao art. 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, c/c art. 307 da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais);
- b) Contudo, se assim não entender o ilustre Relator, **opina** o Ministério Público de Contas pela **citação por edital, por meio do Diário Oficial de Contas**, nos termos do art. 166, § 1º, inciso V, da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), e, ainda, no caso de citado fictamente por edital, deixar o responsável de comparecer ao feito, a **nomeação de curador especial** para o jurisdicionado acima nominado, a fim de que haja a apresentação de defesa escrita em seu nome, em estrita observância aos corolários constitucionais de ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Magna Carta de 1988, com interpretação sistemática do art. 72, inciso II, do Novo Código de Processo Civil, sob pena de nulidade



processual;

(...)

Considerando a manifestação do Ministério Público de Contas de fls. 697/698v, o Conselheiro Relator Claudio Terrão manifestou-se à fl. 699 nos seguintes termos:

Tendo em vista a manifestação do Órgão Ministerial de fls. 697/698v e a verificação de que o “AR” de fl. 681, referente ao Ofício nº 16251/2016 – SEC/1ª Câmara, fl. 678, encaminhado ao Senhor Alysson Elias Macedo, foi endereçado à Prefeitura Municipal de Bom Despacho e, que não há comprovação no processo de que o mesmo ainda seja agente público do município, bem como que não houve manifestação de sua parte, encaminho os autos à **Secretaria da Primeira Câmara**, para que, com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa, promova a citação do responsável, em seu endereço residencial, para, querendo, apresentar as alegações que entender pertinentes acerca dos fatos apontados na manifestação do Ministério Público de Contas de fls. 669/673, no prazo de 15 (quinze) dias.

Manifestando-se o responsável, encaminhem-se os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitações para reexame. Após, ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer conclusivo.

O Sr. Alysson Elias Macedo foi citado, conforme fl. 700/701, tendo apresentado a defesa e documento de fls. 702/714.

Considerando a determinação do Conselheiro Relator, fl. 699, os autos retornaram a esta Unidade Técnica para reexame.

Dentro da competência desta Coordenadoria passa-se ao exame da defesa e da documentação encaminhada pelo Sr. Alysson Elias Macedo, fls. 702/714, em face do estudo técnico de fls.692/695.

3 – DA PRELIMINAR – LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO PREGOEIRO NA FORMATAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS

Antes de adentrar no mérito da questão, cumpre aqui registrar, preliminarmente, as alegações do defendente, Sr. Alysson Elias Macedo. Na defesa de fl. 702/713 suscitou que:

(...) há fases do processo licitatório que não estão sob a batuta do Pregoeiro. Por mais que esteja sob sua caneta a redação do edital há direcionamentos múltiplos que advém dos diversos setores da Administração Pública que elaboram os termos de Referência. Ademais, é dever da procuradoria e do Controle interno zelar pelas condições editalícias, apontando as eventuais incongruências sugeridas no trabalho do Pregoeiro e até mesmo dos demais servidores que interferiram na fase interna do certame.



Em sendo assim, a responsabilização do Pregoeiro deverá ser muito bem delimitada, de modo a resguardar tão importante funcionário Público que, hodiernamente, é de difícil contratação e efetivação. E a principal causa desmotivadora da permanência de um servidor na área de licitação e compras é justamente a imputação desproporcional e desarrazoada quanto a decisões que conduz no processo, mas que não são tomadas por este, mas, refletem e atingem diretamente a sua pessoa.

O termo de Referência ou mesmo um Projeto Básico são peças que não carecem de crivo do Pregoeiro, visto que passam por especialistas de cada área (...)

Em outras palavras, são estudos técnicos preliminares não afeitos aos Pregoeiros que identificam elementos fundamentais da licitação, que são transmitidos ao edital por este, e, posteriormente, revisados quanto a legalidade por advogados e contadores lotados na Procuradoria e Controladoria.

(...)

Portanto, seja qual for o entendimento da Coordenadoria de Análise de Editais de Licitação – CAEL e do Ministério Público de Contas quanto às questões apontadas como “inconsistências que comprometem a lisura do certame”, deverão levar em consideração o grau de envolvimento desta importante figura para o desenvolvimento do processo licitatório, sopesando a considerável participação e envolvimento de outros atores ao cenário, assim como o sobrepeso e exigências da função de apregoar, de modo a emitirem justas opiniões quanto a quem imputam culpas por atos falhos.

Análise:

Verifica-se que as irregularidades apontadas nos autos: 1) restrição à apresentação de impugnação (itens 17.5 e 17.5.1); 2) exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa na fase de habilitação (item 9.7), estão atreladas ao conteúdo do edital de Pregão Presencial SRP nº 48/2014 (fls.448/475, subscrito pelo defendente, Sr. Alysson Elias Macedo, Pregoeiro, e pela Sra. Camila Porto Camargos Vasconcelos, equipe de apoio (fls 460 e 642).

Inicialmente é oportuno destacar as atribuições conferidas por lei ao pregoeiro. A Lei nº 10.520/02 instituiu a modalidade de licitação denominada pregão e, em seu art. 3º, inc. IV, determinou que, na fase preparatória do pregão, a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Em rasas linhas, o pregoeiro é o agente responsável pelo processamento das licitações realizadas pela modalidade pregão. A ele incumbe a prática de todos os atos relacionados à coordenação do procedimento licitatório. Os decretos federais que regulamentam o pregão em suas versões presencial (Decreto nº 3.555/00) e eletrônica (Decreto nº 5.450/05) também apontam as competências do pregoeiro, sempre as relacionando à condução do procedimento de licitação.



Assim, de acordo com o panorama normativo que rege a matéria, a rigor, cabe ao pregoeiro atuar na fase externa do procedimento licitatório, ou seja, conduzir a licitação propriamente dita, entendida como a fase na qual ocorre a disputa entre os licitantes. Com isso, a atuação do pregoeiro se inicia apenas com a abertura da sessão de licitação.

Conquanto, a lei não atribua ao pregoeiro a competência de confecção do edital, certo é que o subscritor do edital se responsabiliza pelo seu conteúdo. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

A alegação de que não é responsável em virtude de só ter assinado a Ordem Bancária não se sustenta. A lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. A participação de vários agentes é um método de controle amplamente utilizado, tanto no setor público quanto no privado. Conforme a importância de um ato ou decisão, maior o número de responsáveis chamados a participar da operação. Quem, de fato, autoriza os atos administrativos é quem os assina: sem assinatura do ordenador de despesas, não há gestão de recursos financeiros do órgão. **Quem assina um documento é responsável pelos seus efeitos;** se vários agentes colaboraram para a irregularidade, são solidariamente responsáveis. **A assinatura do administrador público em contratos, convênios, empenhos, ordens bancárias, cheques e demais instrumentos de administração não é meramente decorativa; tem por função garantir a responsabilidade do assinante.** Acórdão 343/2007 – Plenário, relator: Valmir Campelo. (Grifo nosso).

Nesse sentido, também é o entendimento desta Corte de Contas, conforme extrai-se da Consulta n. 862137, enviada por parlamentar estadual, respondida na sessão plenária deste Tribunal em 28/08/13, o voto do Conselheiro José Alves Viana:

As leis federal e estadual vigentes, assim como o decreto estadual que regulamenta o pregão estabeleceram as atribuições do pregoeiro, sem, entretanto, esgotá-las, na medida em que dispõem que “são atribuições do pregoeiro ‘dentre outras’ ou ‘entre outras’ ou “as atribuições do pregoeiro incluem”.

[...]

Quanto a expedição do edital, verifiquei que a lei federal e a lei estadual não dispõem sobre quem é o responsável pela assinatura do edital, atribuindo à autoridade competente a definição de alguns itens que devem constar do termo de referência, *in verbis*:

[...]

Assim, considerando que o Decreto Estadual estabeleceu que é atribuição da autoridade competente, ou a quem essa delegar, assinar o edital, e que a legislação vigente não estabeleceu de forma exaustiva as atribuições do pregoeiro, imprescindível verificar se a citada atribuição pode ser delegada ao pregoeiro.

[...]

Os doutrinadores Marçal Justen Filho, Benedito Tolosa Filho e Edgar Guimarães comentando a competência para elaboração do edital, sob a ótica da Lei Federal do Pregão n. 10.520/02 e o Decreto Federal do Pregão n. 3.555/00, que assim como o decreto estadual atribuem competência ao pregoeiro para julgar as impugnações, **aditem a possibilidade de concentração das funções de assinar o edital e julgar as impugnações no pregoeiro.**

[...]



A análise e julgamento das impugnações mune o pregoeiro de conhecimentos que permitem o aprimoramento dos editais subsequentes, o que gera eficiência e não necessariamente viola a imparcialidade do julgamento.

[...]

Apesar de não ser jurídico, outro argumento importante a favor da concentração das funções de assinar o edital e julgar as impugnações é que os órgãos e entidades, em razão de múltiplas e distintas realidades fáticas, muitas vezes, por fatores orçamentários e financeiros; de estrutura ou de recursos humanos não possuem pessoal disponível e apto para exercer as duas tarefas.

[...]

Do exposto, considerando que a legislação federal e estadual em vigor permitem ao pregoeiro ter atribuições outras que não somente aquelas que elencam; que as leis federal e estadual não estabelecem quem tem competência para expedir o edital; que o decreto estadual permite que a autoridade competente delegue a atribuição de expedir editais, entendo, com a devida vênia, que cada unidade administrativa deve gerir as suas contratações, determinando, no âmbito de sua autonomia organizacional, a titularidade e competência para elaborar editais de pregão, não havendo vedação legal para que os pregoeiros assinem os editais de pregão.

É como voto.

Quanto à alegação do defendente, no sentido de que o Termo de Referência é elaborado por diversos setores da Administração Pública e submetido ao controle interno e fiscalização da Procuradoria, tenho que a mesma não pode prosperar tendo em vista os fundamentos ora apresentados, do qual se extrai que o subscritor do certame assume a responsabilidade pelo conteúdo do procedimento licitatório cancelado, bem como por entender que compete à Administração o dever de licitar.

Desse modo, não há que se falar em ausência de legitimidade do defendente para figurar no polo passivo do presente processo, tendo em vista que a chancela do mesmo no certame impugnado lhe conferiu responsabilidade pelo conteúdo do referido procedimento licitatório, fl.460.

Superada a preliminar, passa-se à análise do mérito.

4 – DO MÉRITO DA DEFESA EM FACE DO ESTUDO TÉCNICO DE FLS.692/695

4.1 - Da falta de justificativa fundamentada no instrumento convocatório, por parte da Administração Pública, que motive a proibição de empresas em consórcio de participarem do Pregão Presencial n. 48/2014 deflagrado pelo Município de Bom Despacho. Vedação contida no subitem 3.2 do edital, fl. 449

O Ministério Público de Contas, às fls. 670v, alegou:



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



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 8.666/1993 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:

(...)

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.

O Sr. Alysson Elias Macedo, Pregoeiro e subscritor do edital, na defesa de fls. 702/713, alega que:

[...]nem sempre a participação de empresas reunidas em consórcio trará benefícios para a Administração Pública, pois muitas vezes o objeto licitado possui peculiaridades que limitam o número de empresas aptas a participar do certame.” Entende que “a melhor conduta a ser adotada pelo gestor público é a de avaliar as condições objetivas da obra, os requisitos técnicos e econômicos envolvidos e, bem sopesados, optar por permitir, ou não, a participação de empresas reunidas em consórcio, tomando a cautela, porém, de justificar tecnicamente a sua escolha no processo administrativo que instaura o procedimento licitatório.

O defendente entende também que é praxe a “presunção lógica de que a falta de indicação por parte daquele que elaborou o Termo de Referência ou Projeto Básico de que é vantajoso para a Administração não estabelecer, ou mesmo coibir a formação de consórcio, deve ser entendida como fundamentação para assim refletir no Edital”.

Desta forma conclui o defendente que deve ser interpretada legítima a inclusão de cláusula no edital que veda a participação de consórcio na licitação, visto que a área técnica que elaborou o Termo de Referência não exigiu sua configuração como elemento necessário ao presente certame.



Análise

Verifica-se que os argumentos apresentados pelo Sr. Alysson Elias Macedo não acrescentaram fatos novos, razão pela qual reitera o estudo técnico de fl.693/694, com a recomendação de que nos próximos processos licitatórios os gestores motivem a eventual vedação de participação de empresas em consórcio.

4.2- Da restrição à forma de apresentação da impugnação ao edital

O Ministério Público de Contas alega que o edital exige que as impugnações sejam protocolizadas na Prefeitura (subitens 17.5 e 17.5.1, fl. 458), excluindo a possibilidade de interposição por via postal ou por outras formas, restringindo, assim, o direito do licitante de ter resguardado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Às fls. 671v, o Ministério Público de Contas se manifestou nos seguintes termos:

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.

(...)

Dessa 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.

O Sr. Alysson Elias Macedo, Pregoeiro e subscritor do edital, na defesa de fls. 702/713, alegou:

Quando o edital prescreve que não se responsabiliza a Gerencia de Licitações e Compras do Município de Bom Despacho “por impugnações endereçadas via postal ou por outras formas, entregues em locais diversos do mencionado no item acima, e que, por isso, não sejam protocolizadas no prazo legal”, não veda o uso de fax e do e-mail, por exemplo, mas complementam o uso da regra para aqueles que optam pelo protocolo da forma presencial, quando não o fazem de modo adequado. Frisa-se, portanto, não um impedimento ou limitação, mas esclarece-se uma das formas rotineiramente utilizadas pelos licitantes.



Análise

Vejam os que preveem os subitens 17.5 e 17.5.1 do edital, fl. 458/459:

(...)

17.5. Impugnações aos termos do Edital poderão ser interpostas por qualquer pessoa protocolizadas na Gerência de Licitações da Prefeitura, à Praça Irmã Albuquerque, 45 – Centro, Bom Despacho/MG, CEP 35.600-000, conforme artigo 41, §§1º e 2º, Lei 8666/93.
17.5.1. A Prefeitura, através do Setor de Licitações, não se responsabilizará por impugnações endereçadas via postal ou por outras formas, entregues em locais diversos do mencionado no item acima, e que, por isso, não sejam protocolizadas no prazo legal.

Os argumentos apresentados pelo Sr. Alysson Elias Macedo não acrescentaram fatos novos que justificassem a alteração do entendimento anteriormente proferido pela Unidade Técnica deste Tribunal.

Isso posto, ratifica-se o entendimento desta Unidade Técnica de fl. 694 de considerar irregular o fato do edital de licitação não estabelecer quais as outras formas possíveis para o envio dos documentos de impugnação, induzindo ao entendimento, por parte das licitantes, de que não seria possível a interposição de impugnações aos termos do edital por via postal ou por outras formas, restringindo, assim, o direito dos licitantes e de terceiros, fato que caracteriza irregularidade de responsabilidade do Sr. Alysson Elias Macedo, Pregoeiro e subscritor do edital, conforme fl. 460 e ata de fl. 642.

4.3 – Da exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa

O Ministério Público de Contas, às fls. 672, alega:

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.

Sobre o tópico em questão, ao apreciar a Denúncia nº 873.370, de relatoria do Conselheiro Presidente, em exercício, Cláudio Couto Terrão, na Sessão da Primeira Câmara de 04/12/2012, decidiu essa Corte que:

De fato, a exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva, uma vez que a referida exigência não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei 10.502/02, afastando a participação dos potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la se vencedores da licitação.

A esse respeito, transcrevem-se algumas considerações de Joel de Menezes Niebuhr:



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



As exigências para habilitação não podem ser excessivas, desproporcionais ao objeto do futuro contrato, o que redundaria em afastamento artificioso 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 razoabilidade¹.

O Sr. Alysso Elias Macedo, Pregoeiro, na sua defesa de fls. 702/713, alega:

Ao exigir os alvarás de Localização e funcionamento e o Sanitário, conforme cláusulas 9.7 e 9.8 do Edital, estaria a Prefeitura ora contratante vislumbrando um mínimo de capacidade técnica dos licitantes, assim como o cumprimento de normas, que passariam pelo menos a presunção de estarem aptas comercialmente falando a fornecer os alimentos desejados.

Ora, na medida em que uma empresa constituída demanda de Alvará de Localização e Funcionamento, tal documento relativo à Habilitação Jurídica (art. 28, V, Lei n. 8666/93), extraída do rol taxativo (“constituirá em”), a apresentação é compulsória, devida por todos os licitantes. Ademais, se é hipótese de prova de capacitação técnica (art. 30, IV, Lei 8.666/93), deve contar com o amparo no edital, o que verifica neste caso em julgamento.

(...)

Observe-se que neste caso não se está exigindo um alvará de Localização e Funcionamento para efeito de coibir a participação da licitante por não se encontrar em determinada região ou território, como pretendia no ato convocatório anterior. Quando se verificam em nossos Tribunais de Contas a vedação ao uso deste documento, em sua maioria, seria quando verificada tal vedação geográfica, mas não é o presente caso. Tanto assim que não efetivou tal interpretação no certame, conforme documentos acostados.

Em verdade, o que se espera ao exigir os Alvarás de Localização e Funcionamento e também o Sanitário é **ter um mínimo de expectativa de que o licitante é fiscalizado por órgãos públicos competentes, que atestam um mínimo de condições físicas para o fornecimento de alimentos**, o que não pode ser interpretado como inibidor da concorrência, vez que a eficácia da Administração Pública seria um princípio a prevalecer neste caso. (g.n.)

Análise

Observa-se que o art. 28, V, da Lei n. 8666/93, assim estabelece:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

(...)

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e **ato de registro ou autorização para funcionamento** expedido pelo órgão competente, **quando a atividade assim o exigir.** (g.n.)

O art 30, IV, da Lei n. 8666/93, assim dispõe:

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico De Acordo com o Decreto nº 5.450/05. 3ed. Curitiba: Zênite



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



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

(...)

IV - **prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial**, quando for o caso.”
(g.n.)

Verifica-se, ainda, o Decreto-Lei n. 986 de 21/10/69, que institui normas básicas sobre alimentos. Os arts. 45, 46 e 47, assim dispõem:

Dos Estabelecimentos

Art 45. **As instalações e o funcionamento dos estabelecimentos** industriais ou **comerciais**, onde se fabrique, prepare, beneficie, **condicione**, transporte, **venda ou deposite alimento** ficam submetidos às exigências deste Decreto-lei e de seus Regulamentos.

Art 46. **Os estabelecimentos** a que se refere o artigo anterior **devem ser previamente licenciados pela autoridade sanitária competente** estadual, **municipal**, territorial ou do Distrito Federal, **mediante a expedição do respectivo alvará**.

(...)

Art. 48. **Somente poderão ser expostos à venda, alimentos**, matérias-primas alimentares, alimentos in natura, aditivos para alimentos, materiais, artigos e utensílios destinados a entrar em contato com alimentos matérias-primas alimentares e alimentos in natura, que:

(...)

II - **Tenham sido** elaborados, reembalados, transportados, importados ou **vendidos por estabelecimentos devidamente licenciado**; (g.n.)

O Decreto n. 8.077/2013, que regulamenta as condições para o funcionamento de empresas sujeitas ao licenciamento sanitário, e o registro, controle e monitoramento, no âmbito da vigilância sanitária, dos produtos de que trata a Lei n. 6360/76, prevê:

Art. 2º O exercício de atividades relacionadas aos produtos referidos **no art. 1º da Lei no 6.360, de 1976**, dependerá de **autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária** - Anvisa e de licenciamento dos estabelecimentos pelo órgão competente de saúde dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, observados os requisitos técnicos definidos em regulamento desses órgãos. (g.n.)

Parágrafo único. **As atividades exercidas pela empresa e as respectivas categorias de produtos** a elas relacionados **constarão expressamente da autorização e do licenciamento referidos no caput**. (g.n.)

O artigo 12 do Decreto 8.077/13, assim estabelece:



CAPÍTULO IV

DAS ATIVIDADES DE CONTROLE E MONITORAMENTO DE PRODUTOS NO SISTEMA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA

Art. 12. As atividades de vigilância sanitária de que trata a Lei nº 6.360, de 1976, e este Decreto serão exercidas: (g.n.)

(...)

III - pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de seus órgãos de vigilância sanitária competentes. (g.n.)

Isso posto, considerando que o objeto da presente licitação se refere ao registro de preços para aquisição de alimentos diversos; considerando que se trata de atividade sujeita a licenciamento, controle e monitoramento por parte da **Agência Nacional de Vigilância Sanitária**, visando evitar incidente envolvendo a ingestão de alimento com seu prazo de validade vencido, mal elaborado ou mesmo deteriorado, entende-se que a exigência de alvará de localização e funcionamento se justifica.

Assim, esta Unidade Técnica entende que, para que se possa emitir o alvará sanitário, é indispensável que a empresa já possua o alvará de localização e funcionamento.

Dessa forma, no caso de licitação para aquisição de alimentos, por ser uma atividade que exige autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, sujeita, portanto, a licenciamento, controle e monitoramento por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, entende-se pertinente a exigência de apresentação do Alvará de Localização e Funcionamento, previsto no subitem 9.7 do edital de Pregão Presencial n. 48/2014, para fins de habilitação, com fundamento no art. 28, V e art. 30, IV ambos da Lei n. 8666/93.

5 – DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, após a análise da defesa do Sr. Alysson Elias Macedo, em face do estudo técnico de fl. 692/696, conforme determinação de fl. 699, esta Unidade Técnica entende pela seguinte irregularidade: **restrição à forma de apresentação da impugnação ao edital**.

Todavia, esta Unidade Técnica altera o entendimento anterior quanto à aplicação de multa nos termos regimentais aos responsáveis, em razão de não ter visualizado nos autos que a



irregularidade apontada tenha trazido prejuízo a potenciais licitantes, vez que não consta dos autos documento que comprove a tentativa de impugnação ao edital por outros meios que não o previsto nos subitens 17.5 e 17.5.1, ou que tenha gerado dano ao erário, nem que os responsáveis tenham agido de má fé.

Ademais, o defendente, Sr. Alysson Elias Macedo afirmou que o edital não limitou outras formas de impugnação ao edital, ao dizer que “não veda o uso do fax e do e-mail, por exemplo, mas complementam o uso da regra para aqueles que optam pelo protocolo da forma presencial, quando não o fazem de modo adequado”, sendo esta última “uma das formas rotineiramente utilizadas pelos licitantes”.

Contudo, recomenda-se aos responsáveis (Sr. Fernando José Castro Cabral, Prefeito Municipal, Sr. Alysson Elias Macedo, Pregoeiro, e Sra. Camilla Porto Camargos Vasconcelos, membro da equipe de apoio, estes últimos subscritores do novo edital de Pregão Presencial SRP nº 48/2014), que nos próximos editais seja permitida, de forma expressa, a impugnação ao edital por outros meios, que não apenas a protocolização na Gerência de Licitações da Prefeitura.

À consideração superior.

DME/CAEL, 07 de junho de 2017.

Fernanda Starling de Pádua Vaz
Analista de Controle Externo
TC-1536-6