

AUTOS DO PROCESSO N. 1.007.661– 2017

1. IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de denúncia, com pedido de liminar, formulada por Rosilene Barbosa de Oliveira Gomes, em face do Processo Licitatório nº 028/2017, Pregão Presencial nº 022/2017, promovido pela Prefeitura de Ponto Chique, que tem como objeto a “seleção da proposta mais vantajosa objetivando a contratação de empresas para prestação de serviços gráficos, confecção de placas e *banners* em geral em atendimento à solicitação de diversas secretarias municipais”.

2. DOS FATOS E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

Retornam os autos a esta Unidade Técnica, para fins de reexame, conforme despacho do Senhor Conselheiro Relator de fl. 263.

Após exame realizado por esta Unidade Técnica, que se limitou ao teor da denúncia, tendo concluído por sua improcedência e opinado pelo arquivamento dos autos, o Ministério Público de Contas, no exercício do seu mister, apontou irregularidades que foram verificadas no certame do Pregão Presencial nº 022/2017 às fls. 258/262v.

Após citação do Senhor Prefeito Municipal e da Senhora Pregoeira de Ponto Chique sobre as irregularidades apontadas pela denunciante e pelo Órgão Ministerial, foi apresentada a defesa pelos denunciados, constante às fls. 268/273 dos autos.

3. DOS APONTAMENTOS APRESENTADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, DA DEFESA DA DENUNCIADA E DA ANÁLISE

O Ministério Público de Contas, ao analisar o edital em foco, apontou irregularidades que maculam o certame, quais sejam:

- a) Ausência de justificativa para vedação da participação de empresas reunidas em consórcio;
- b) Irregularidade referente à apresentação de Impugnação e Recurso;
- c) Exigência indevida de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação;

- d) Irregularidade do Termo de Referência por não apresentar todos os dados necessários.

A seguir será exposto cada item referente aos apontamentos feitos pelo Ministério Público de Contas, seguidos da defesa prestada pela Administração Municipal denunciada, concluídos pela análise desta Coordenadoria Técnica.

3.1 – Da ausência de justificativa para vedação da participação de empresas reunidas em consórcio

Verificou o Ministério Público de Contas que a discricionariedade atribuída à Administração Pública para admitir nas licitações a participação de empresas em consórcio, conforme disposto no art. 33, *caput* da Lei nº 8.666/93, deve vir fundamentada, de forma sólida, no procedimento licitatório.

Que o administrador não pode conduzir o procedimento licitatório sem observar os princípios basilares da licitação previstos no art. 3º da referida Lei das Licitações.

Ainda, que os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses devem ser motivados, com respaldo no inciso I do art. 50 da Lei Federal nº 9.784/99.

E por esta razão, a justificativa para que empresas em consórcio fiquem impedidas de participar em licitação deve ser fundamentada no instrumento convocatório.

3.1.1 – Da defesa apresentada em face da ausência de justificativa para vedação da participação de empresas reunidas em consórcio

Iniciam a sua defesa os denunciados alegando que o edital do Pregão Presencial nº 022/2017 foi devidamente divulgado, nos Diários Oficiais da União e do Estado, em jornal de grande circulação, no *site* da Prefeitura Municipal de Ponto Chique e também no quadro de avisos do Município.

Que participaram do certame três proponentes, o que demonstra que as especificações do edital não geraram nenhum prejuízo para a Administração, tampouco limitou a competição.

Alegam que o objetivo da Administração não foi o de restringir a participação de licitantes ou violar a competitividade, mas que seu intuito foi o de realizar um procedimento regular, sem vícios, em igualdade de condições para todos os licitantes.

Que todos os critérios por eles adotados tiveram como objetivo principal proteger a Administração Pública, inclusive quanto à participação de empresas em consórcio. Alegam conforme transcrito *in verbis*:

“É de conhecimento de todos, inclusive deste Egrégio Tribunal, que admissão de pacto consorcial pode viabilizar a coligação de empresas que antes seriam adversárias naturais, restringindo-se assim o número de potenciais licitantes e, conseqüentemente, a própria competitividade do certame, o que, por fim, acaba dificultando sobremaneira, senão impossibilitando, a contratação da proposta mais vantajosa possível para a Administração Pública.”

Por fim, que resta comprovado que não houve má fé, tampouco interesse em restringir a competitividade no certame.

3.1.2 – Análise

A Lei de Licitações dispõe de forma explícita, em seu art. 33, a discricionariedade da Administração em optar pela participação ou não de empresas em consórcios nos processos licitatórios. Em cada caso, deverão ser avaliadas a conveniência e a oportunidade em ampliar a competição do certame por meio da participação de consórcios.

A esse respeito esta Unidade Técnica, em estudos anteriores, entendeu que a vedação à participação de empresas em consórcio é uma decisão discricionária do gestor, que deveria ser analisada e justificada frente a cada caso concreto, avaliando o que fosse mais viável técnica e economicamente, recomendando-se a participação de consórcios quando o objeto fosse considerado de alta complexidade ou vulto.

Todavia, esta Unidade Técnica, diante da decisão prolatada nos autos da Denúncia nº 912078, levada a julgamento na sessão do dia 17/05/2016, melhor revendo a questão com enfoque nas ponderações do Exmo. Conselheiro-Substituto Hamilton Coelho, passou a entender que, diante do exposto no art. 33 da Lei n. 8.666/93, a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas.

Referido entendimento foi citado no voto condutor do Exmo. Conselheiro Cláudio Couto Terrão nos autos da Denúncia 932692, levada a julgamento na sessão da Primeira Câmara do dia 14/02/2017, cujo entendimento foi acompanhado pelos seus pares, a conferir:

“EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS DE EMPRESAS. INDICAÇÃO DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. REGULARIDADE. LIMITAÇÃO AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO E RECURSO. RESTRIÇÃO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. Limitar a apresentação de recursos e impugnações ao meio presencial restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa.
2. A vedação injustificada à participação de empresas organizadas por meio de consórcios não configura irregularidade, uma vez que o art. 33 da Lei n. 8.666/93 estabelece que a justificativa apenas deve ser apresentada quando da autorização da participação de empresas consorciadas.
3. Por não gerar compromisso de contratação, na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.”

Segue a fundamentação e o voto:

“B) Proibição de participação de empresas em consórcio

Outro ponto levantado pelo Ministério Público de Contas diz respeito à inexistência de justificativa no edital para a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, conforme consta na alínea “g” do subitem 3.2 do instrumento convocatório (fl. 463).

A respeito desse apontamento, os responsáveis alegaram que tal vedação não teve como objetivo limitar a participação de nenhuma empresa do ramo de pneus no procedimento licitatório (fl. 529).

Em sede de reexame, a Unidade Técnica afastou o apontamento suscitado pelo *Parquet*, sob o argumento de que a escolha pela participação ou não de empresas consorciadas em licitações está inserida no âmbito do poder discricionário do administrador público (fl. 563).

A respeito desse tema, esclareço, inicialmente, que, embora tenha adotado, no passado, o entendimento de que a vedação à participação de empresas organizadas sob a forma de consórcios em procedimentos licitatórios devesse ser justificada, as ponderações trazidas pelo conselheiro-substituto Hamilton Coelho nos autos da Denúncia n. 912078, fizeram-me rever meu posicionamento.

É que a leitura do disposto no art. 33 da Lei 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas, in verbis:

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

O conselheiro-substituto Hamilton Coelho, nos autos do referido processo, levado a julgamento na sessão de 17/05/16, apresentou manifestação no seguinte sentido:

O emprego, pelo legislador, da locução “quando permitida” evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos.

Diante disso, por considerar não ter havido infração à norma legal ou regulamentar, afasto o apontamento.

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar irregular o Pregão Presencial n. 05/15, promovido pelo Departamento Autônomo Municipal de Água e Esgoto de São João del-Rei – DAMAE, tendo em vista a restrição à apresentação de impugnações ao edital; II) aplicar multa, no valor de R\$1.000,00 (mil reais), ao Senhor Ricardo Luiz do Carmo, pregoeiro e subscritor do instrumento convocatório do certame, a teor do disposto no art. 85, II, da Lei Orgânica; (III) deixar de aplicar multa ao Senhor Gustavo Gastão Corgosinho Cardoso, diretor-geral do DAMAE à época, por entender que a irregularidade em referência é de responsabilidade exclusiva do signatário do edital; IV) determinar a expedição de recomendação ao atual diretor-geral do DAMAE, a fim de que, nos próximos certames, seja suprimida tal irregularidade dos instrumentos convocatórios; (V) determinar, por fim, que, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho e o Conselheiro Mauri Torres.” (Grifos nossos)

Pelo exposto, entende este Órgão Técnico que a ausência de justificativa para a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio **não é irregular**.

3.2 – Da irregularidade referente à apresentação de Impugnação e Recurso

Constatou o Órgão Ministerial irregularidades nos subitens 4.3 e 12.4 do edital (fls. 70/71 e 82), ao vedarem o envio de impugnações e recursos por meios eletrônicos, permitindo o recebimento destes instrumentos processuais somente através de protocolo no Departamento de Licitações ou via correio, desde que o instrumento seja entregue pelo correio no prazo legal.

Entende o *Parquet* que o instrumento convocatório restringe o direito do licitante de ter resguardado o exercício do contraditório e da ampla defesa, consignados na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV e art. 109 da Lei nº 8.666/93.

3.2.1 – Da defesa apresentada em face da irregularidade referente à apresentação de Impugnação e Recurso

Alega a denunciada que a exigência de que as impugnações e recursos fossem protocolados no Departamento de Licitações ou enviados pelo correio, excluindo-se o envio por meios eletrônicos, foi visando assegurar que os recursos interpostos pelos licitantes chegassem nesse Órgão.

Cita o Acórdão 013.316/2004-7 do Tribunal de Contas da União, mencionado no parecer do Ministério Público de Contas constante dos autos, que determina que a apresentação de recursos e impugnações via fac-símile está condicionada à apresentação do documento original dentro de prazo a ser estipulado.

Diante disso, entende que não há razão para que os instrumentos processuais possam ser enviados por fac-símile ou e-mail, uma vez que a sua aceitação está condicionada à apresentação do documento original, e que o município possibilitou o encaminhamento dos recursos pelo correio.

3.2.2 – Análise

O uso do fac-símile no judiciário foi regulamentado com a Lei nº 9.800/99, encerrando os conflitos de opinião existentes nos tribunais, diante da resistência do uso deste instrumento de comunicação.

Esta medida imprimiu celeridade aos procedimentos, buscando simplificar o curso processual pela facilitação no acesso das partes, entretanto, o original deve ser protocolizado logo após o decurso do respectivo prazo, a fim de demonstrar a legitimidade dos documentos.

Dispõe a mencionada Lei acima, em seu art. 2º:

“Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

Parágrafo único. Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material.”

Trata o caso em análise de pregão presencial, o que não impede a utilização dos meios tecnológicos para recebimento das impugnações e dos recursos.

Hoje as petições podem ser assinadas digitalmente, e por esta razão entende-se razoável a aceitação de impugnação e recurso por fac-símile ou por e-mail.

O judiciário já reconhece as petições assinadas digitalmente. A exemplo, cita-se a decisão a seguir:

“STJ - AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL: AgRg nos EDcl no REsp 1015543 RS 2007/0299451-0

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PETIÇÃO ELETRÔNICA ASSINADA DIGITALMENTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Encontrando-se a petição eletrônica assinada digitalmente, porquanto se trata de credenciado, conforme permitem a Lei 11.419/06 e a Resolução 9/07 do Superior Tribunal de Justiça, é dispensável a assinatura de próprio punho do advogado.
2. Agravo regimental improvido”.¹

¹ <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791060/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1015543-rs-2007-0299451-0>

Na **Denúncia nº 932692**, esta Corte de Contas entendeu ser admissível a interposição de impugnações por meios eletrônicos, conforme trecho do relatório transcrito a seguir:

“Acerca desse tema, cumpre esclarecer que o § 1º do art. 41 da Lei n. 8.666/93 estabelece, de forma geral, que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei, “devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação”. Vale ressaltar, no entanto, que o fato de o dispositivo indicar que o recebimento das impugnações pela repartição pública será mediante protocolo não quer dizer que tal protocolização deva ser necessariamente in loco.

Isso porque condicionar a apresentação de impugnações à protocolização da documentação na sede do órgão licitante, pode, como afirmado pelo Órgão Técnico, restringir o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, inclusive, já decidiu este Tribunal, quando da apreciação da Denúncia n. 969107, pela Primeira Câmara, na sessão do dia 20/09/16, a saber:

“No caso dos autos, o fato de a Administração ter recebido a impugnação eletrônica feita pela empresa MEGAFARMA Distribuidora Ltda. não rechaça o caráter restritivo do apontamento em questão, haja vista que a limitação da protocolização de questionamentos ao meio presencial pode ter afastado o interesse de outro licitante impugnar o certame, violando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.”

Na espécie, para não incorrer nessa falha, é necessário que a Administração admita no instrumento convocatório, ainda que excepcionalmente, outras formas de interposição de impugnações, tais como: pela via postal, por e-mail e por fax, especialmente no caso dos autos, em que o fornecimento de pneus é cobiçado por fornecedores de outras localidades, muitas vezes distantes da sede do órgão licitante.

Por essa razão, considero irregular o edital quanto a esse ponto.”²

Pelo exposto, este Órgão Técnico se alia ao entendimento do Ministério Público de Contas, inferindo que os recursos e as impugnações podem ser recebidos por fac-símile e por e-mail. Porém, a falta de previsão no edital em análise não invalida o certame por ilegalidade, tendo em vista que houve previsão no edital de interposição de impugnação, assim como de recurso, através dos correios, e não houve manifestação nem questionamento por parte dos interessados.

Dessa forma, entende-se que não houve cerceamento do contraditório e da ampla defesa, entendendo, ainda, **ser recomendável** que nos próximos editais a Administração

² <http://tcnotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1286338>

Municipal acrescente a previsão de receber impugnações e recursos também através de fac-símile e e-mail.

3.3 – Da exigência indevida de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação

Observou o Órgão Ministerial que o subitem 10.4, alínea “a” do ato convocatório (fl. 75), solicitou, para fins de habilitação, o alvará de localização e funcionamento.

Que a cláusula editalícia é indevida, uma vez que não está prevista no art. 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/2002, o que viola o princípio da competitividade. E que o referido documento deveria ser exigido apenas do licitante vencedor do certame.

3.3.1 – Da defesa apresentada em face da exigência indevida de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação

Defendeu-se a Administração denunciada alegando que não lhe pareceu razoável dispensar a apresentação da licença de funcionamento no momento de habilitação dos proponentes, para solicitá-la somente no momento da assinatura do contrato.

Alega que a solicitação foi por cautela, uma vez que no momento da contratação a empresa vencedora do certame poderia não estar de posse do documento, postergando a contratação até o momento de obtê-lo.

Acrescenta que não pretendeu violar o princípio da competitividade, mas assegurar a contratação, exigindo de forma igualitária o alvará a todos os participantes.

3.3.2 – Análise

Em acórdão do Tribunal Pleno desta Corte de Contas ficou entendido que a exigência de apresentação de Alvará para Localização e Funcionamento, para fins de habilitação, afronta **o caráter competitivo do certame** e a isonomia, em violação ao art. 5º da CR/88, ao art. 3º da Lei n. 8.666/93 e ao art. 4º, XIII, da Lei n. 10.520/02 (Denúncia 912080).

Este Órgão Técnico entende, assim, como o Ministério Público de Contas, que é indevida esta solicitação e acrescenta que, não obstante a previsão do art. 3º da Lei 8.666/93, de que a licitação deverá ser processada e julgada em estrita conformidade com o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório, a exigência constante no subitem 10.4, alínea “a” do ato convocatório (fl. 75), do edital em comento, qual seja, a exigência do **Alvará de Localização e Funcionamento** válido da Empresa confronta com os princípios da **legalidade** e da **competitividade**, devendo ser excluído do instrumento convocatório, por falta de amparo legal, uma vez que para o objeto da licitação em tela esta exigência se mostra excessiva e desarrazoada.

O art. 28 da Lei 8.666/93 explicita quais são os documentos que **podem** ser exigidos para comprovar a habilitação jurídica da empresa. E a regularidade jurídica tem o objetivo de permitir que a Administração Pública certifique a própria existência do licitante, bem como a sua capacidade para contratar e para exercer as suas faculdades jurídicas. Na literalidade da lei não há nenhuma menção quanto à exigência de alvará de funcionamento. Se não existe nenhuma expressão taxativa, claramente definida, acerca da exigibilidade do alvará, não há porque exigí-lo como documento de habilitação.

Convém abordar o fato de que há quem defenda que o art. 28, inc. V da Lei nº 8.666/93 autoriza a exigência do alvará de funcionamento ao dispor: “(...) autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim exigir.”

Esta Coordenadoria Técnica, revendo a questão, não corrobora com este entendimento. É fundamental que se busque a real intenção do legislador e a correta interpretação da norma. Assim dispõe o art. 28, com seus incisos, da Lei das Licitações:

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

I – cédula de identidade;

II – registro comercial, no caso de empresa individual;

III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

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.” (Destacamos)

Ao realizarmos a leitura do dispositivo na íntegra não restam dúvidas que o legislador estabeleceu regras diferentes para cada regime jurídico e que o “**ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir**”, diz respeito somente às sociedades estrangeiras em funcionamento no País. Cada “tipo societário” previsto nos incisos demonstra sua existência através de um ato constitutivo diferente e o rol de exigências dos incisos I ao V não é cumulativo e deve ser analisado “**conforme o caso**”, como bem pondera o art. 28, *caput*.

Como forma de justificar a interpretação dada ao citado dispositivo legal, cumpre transcrever decisão do STJ extraída da Consultoria da Zênite:

“5358 – Contratação pública – Licitação – Habilitação – Jurídica – Empresa estrangeira – Autorização para funcionar – STJ

Não há violação ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 quando o edital exige de empresa estrangeira, para fins de habilitação jurídica, a comprovação da autorização para funcionamento no País expedida pela autoridade competente. (STJ, AgRg no AI nº 578.117, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 06.02.2006, veiculado na Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, n. 148, p. 539, jun. 2006, seção Jurisprudência.)”³

Ilustra-se, ainda, com o trabalho sobre “Participação de Empresas Estrangeiras em Licitações no Brasil”, de autoria de William Romero, Bacharel em Direito, integrante da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini Advogados:

“Inicialmente, é importante mencionar que o art. 28 da Lei 8.666/93 prevê os requisitos de habilitação jurídica necessários para participação nos certames licitatórios. Mais especificamente, o inc. V do referido dispositivo trata das exigências a serem feitas a estrangeiros, indicando a necessidade de apresentação de “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

³ <https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaDocumento?idDocumento=8528E9B1-48B3-4B4E-B2E0-60EDF3D6517D>

exigir.” Ou seja, o dispositivo veicula disposição direcionada a licitantes estrangeiros que efetivamente possuam autorização para funcionar no Brasil.”⁴

Pelo que se infere, o alvará de localização é um instrumento de controle de uso e da ocupação do solo urbano, do comércio, da indústria, da prestação de serviços, da higiene, da saúde, da segurança, da ordem e da tranquilidade públicas.

A doutrina, aqui representada por Marçal Justen Filho, é unânime em afirmar que o rol das exigências dos artigos 28 a 31 explicitam **todos** os itens que podem ser exigidos como forma de regulamentar a habilitação das empresas, não comportando ampliação do rol:

“O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, **mas poderá demandar menos**”.⁵ (Grifos nossos)

Ilustra-se com o Mandado de Segurança 84365/2009, Des. Carlos Alberto Alves da Rocha, Segunda Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Privado, Julgado em 17/11/2009, Publicado no DJE 11/12/2009:

“LICITAÇÃO – ARGUIÇÃO DE PERDA DE OBJETO AFASTADA – HABILITAÇÃO – REGULARIDADE FISCAL – **ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO** – EXIGÊNCIA DE CÓPIA AUTENTICADA OU DOCUMENTO ORIGINAL – DOCUMENTO NÃO ELENcado NA LEI Nº 8.666/93 – SEGURANÇA CONCEDIDA. Não prospera a arguição de perda de objeto em razão da publicação do resultado da concorrência, se ainda houver pendente de julgamentos recursos aviados pela licitante. A finalidade do procedimento licitatório é obter a melhor proposta para a Administração Pública, mediante o maior número de concorrentes possíveis. O edital ao **exigir a apresentação de documento não elencado nos artigos 27 e 29 da Lei nº 8.666/93 como comprovação de regularidade fiscal, fere os princípios da ampla concorrência e acessibilidade, além de afrontar o princípio da razoabilidade**.”⁶ (Grifos nossos)

⁴ <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=23&artigo=850&|=pt>

⁵ Marçal Justen Filho – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 14ª Ed., Editora Dialética, 1010, pág.401

⁶ <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/327978098/mandado-de-seguranca-ms-843659220098110000-84365-2009?ref=juris-tabs>

Convém ainda reforçar a importância do princípio da competitividade, que exige sempre a verificação da possibilidade de se ter mais de um interessado participando do certame. A competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será para a Administração Pública encontrar a melhor proposta e celebrar o melhor contrato. Dessa forma, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. E a exigência de documentos desarrazoados viola o princípio da competitividade.

Em face do exposto, esta Coordenadoria também entende que a exigência de apresentação do Alvará de Localização e Funcionamento, como documento de habilitação, transgredir a Lei nº 8.666/93 e a Lei 10.520/2002. Sendo assim, concorda com o apontamento feito pelo Órgão Ministerial, ratificando a existência desta **irregularidade**.

3.4 – Da irregularidade do Termo de Referência, por não apresentar todos os dados necessários

Aponta, por fim, o *Parquet*, que o Anexo I – Termo de Referência (fls. 92/101) não possui todos os dados necessários.

Que o Termo de Referência é um instrumento primordial ao procedimento licitatório, que deve conter a descrição do objeto do certame de forma clara, precisa, concisa e objetiva e deve permitir a avaliação do custo pela Administração, sendo vedadas as especificações excessivas, irrelevantes, desnecessárias e limitadoras da competição no certame.

Assim, considera o Termo de Referência irregular.

3.4.1 – Da defesa apresentada em face da irregularidade do Termo de Referência, por não apresentar todos os dados necessários

Alega a denunciada que não há irregularidade no que diz respeito às especificações do Anexo I, uma vez que a sessão de julgamento foi conduzida sem nenhum contratempo ou dificuldade e tampouco o procedimento causou prejuízo à Administração Pública ou aos interessados em com ela contratar.

3.4.2 – Análise

Em análise inicial realizada por esta Coordenadoria Técnica, foi apontado que não houve clareza na descrição de alguns itens do objeto, tais como fichas, folders e panfletos. Mas, em contrapartida, verificou-se que todos os itens foram cotados por três empresas (fls. 48/62), atendendo assim o entendimento jurisprudencial, que é no sentido da necessidade de três orçamentos para se estimar o preço do objeto licitado.

Foi também verificado nos documentos anexados aos autos que não houve impugnação ao edital e nenhuma solicitação de esclarecimentos acerca da descrição do objeto licitado. E ainda, a Prefeitura denunciada manifestou-se, conforme fl. 270, alegando que “... todas as empresas forneceram orçamento sem qualquer questionamento quanto às especificações.”

Conforme preços estimados no Termo de Referência, fls. 92/97, esta Unidade Técnica verificou que o valor do contrato foi previsto em um total de R\$120.703,39 (cento e vinte mil, setecentos e três reais e trinta e nove centavos), através da soma dos valores unitários dos 81 itens previstos no Termo de Referência - Anexo I, de fls.92/101. O valor total adjudicado ao licitante vencedor foi de R\$85.408,10 (oitenta e cinco mil, quatrocentos e oito reais e dez centavos). Portanto, não ficou caracterizado que houve limitação ou cerceamento de competidores, direcionamento para quaisquer empresas e nem prejuízo para a Administração Pública.

Na análise inicial concluiu-se, ainda, que é necessário e recomendável que o edital informe detalhadamente toda a especificação do material a ser adquirido ou que sejam anexados ao instrumento convocatório “os modelos-padrão” para conhecimento de todos os interessados em participar do certame.

No Termo de Referência devem constar todos os requisitos essenciais para a formulação da proposta, fazendo-se necessário que conste a especificação do objeto a ser licitado e como o objeto da licitação deverá ser executado, sendo obrigatória a sua elaboração, também como é obrigatória a sua aprovação. Em cartilha publicada por este Tribunal, intitulada da “Como elaborar Termo de Referência ou Projeto Básico” foram enumerados todos os itens que devem fazer parte do Termo de Referência, quais sejam:

- 1) Indicação do objeto;
- 2) Justificativa (motivação) da contratação;
- 3) Especificação do objeto;

- 4) Requisitos necessários;
- 5) Critérios de aceitabilidade da proposta (no caso de amostra, folder e catálogo);
- 6) Critérios de aceitabilidade do objeto (recebimento do objeto);
- 7) Estimativa de valor da contratação e dotação orçamentária e financeira para a despesa;
- 8) Condições de execução (métodos, estratégias e prazos de execução e garantia);
- 9) Obrigações das partes envolvidas (contratada e contratante);
- 10) Gestão do contrato;
- 11) Fiscalização do contrato;
- 12) Condições de pagamento;
- 13) Vigência do contrato;
- 14) Sanções contratuais;
- 15) Condições gerais;
- 16) Orçamento detalhado estimado em planilha com preço unitário e valor global;
- 17) Cronograma físico-financeiro (se for o caso).

Embora o Termo de Referência traga os requisitos necessários, em relação a especificação do objeto sugere-se que nos próximos editais de pregão, esta Administração Municipal se oriente no sentido aqui recomendado, passando a definir o objeto licitado de forma precisa, suficiente e adequada, de maneira a não direcionar e nem frustrar a competição.

Em face do exposto, quanto a este apontamento, esta Unidade Técnica não vislumbra a existência de irregularidade, uma vez que não ficou caracterizado que houve limitação de competidores, direcionamento para quaisquer empresas e nem prejuízo aos cofres públicos, mas opina pela **recomendação** acima mencionada.

4. CONCLUSÃO

À vista de todo o exposto, após análise dos argumentos e da documentação acostada aos autos, conclui-se pela existência de irregularidade verificada no subitem 10.4, alínea “a”, do ato convocatório, à fl. 75, diante da exigência do Alvará de Localização e Funcionamento, para fins de habilitação, irregularidade esta inerente ao edital de licitação, de responsabilidade do subscritor deste instrumento.

O procedimento licitatório foi concluído e gerou o Contrato nº 069/2017, firmado em 03/04/2017, conforme documento anexado à presente análise.

Não obstante a irregularidade aferida, verificou-se, diante da presente análise, que a referida contratação não trouxe prejuízo para a Administração Municipal, uma vez que houve competitividade no certame, que contou com a participação de três empresas, tendo sido selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração, que trouxe economia para os cofres públicos, conforme demonstrado no tópico 3.4.2 deste estudo. Verificou-se, ainda, que no percurso do procedimento licitatório não foram apresentados pedidos de esclarecimentos nem impugnações, por parte dos interessados, em razão da exigência do citado alvará. Ainda, não restou comprovada existência de má fé por parte dos responsáveis, ao exigirem o referido documento. Finalmente, a exigência do Alvará de Localização e Funcionamento não foi causa de inabilitação de licitantes.

Pelas razões acima expostas, opina esta Unidade Técnica pela **não aplicação** de sanções aos responsáveis, Sr. José Geraldo Alves de Almeida, Prefeito, e Sra. Fabiane Queiroz de Oliveira, Pregoeira, cabendo **recomendação** aos gestores públicos, nos moldes do art.141 da Resolução nº 12/2008, para que, nos próximos editais, abstenham-se de solicitar o Alvará de Localização e Funcionamento como documento de habilitação, bem como defina o objeto licitado de forma precisa, suficiente e adequada, de maneira a não direcionar e nem frustrar a competição.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 10 de julho de 2017

Vanessa Martins Pimenta de Carvalho

Analista do Tribunal de Contas

TC- 1009-7