Processo nº: 932.541
Natureza: Denúncia
Relator: Conselheiro Sebastião Helvecio
Denunciante: Israel e Israel Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Bom Despacho
Edital: Pregão Presencial nº 048/2014

P A R E C E R

Excelentíssimo Senhor Conselheiro-Relator,

I. RELATÓRIO FÁTICO

Retornam os presentes autos que versam sobre **Denúncia** oferecida por *Israel e Israel Ltda.*, em face do **Processo Licitatório nº 20298.000075/2014-13 – Pregão Presencial SRP nº 48/2014**, do tipo "menor preço por item", deflagrado pelo Município de Bom Despacho, cujo objeto é a aquisição de alimentos diversos.

Este representante do Ministério Público Especial, às fls. 697/698, opinou pela renovação da citação do Sr. Alysson Elias Macedo, Pregoeiro à época, para que apresentasse defesa, ou, caso assim não se entendesse, a citação por edital, e, ainda, no caso de citado fictamente por edital, deixasse de comparecer ao feito, a nomeação de curador especial para o jurisdicionado em referência.

Conforme despacho de fl. 699, o Conselheiro-Relator determinou que fosse feita nova citação do Sr. Alysson Elias Macedo em seu endereço residencial.

Em resposta, foi apresentada a defesa de fls. 702/714.

Posteriormente, nessa fase processual, foram os autos redistribuídos à relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, fl. 716.

Instada a se manifestar, a Unidade Técnica procedeu ao reexame de fls. 717/724.

Após, os autos vieram a este órgão ministerial para apreciação.

Assim é o relatório fático no essencial, passando-se à fundamentação.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Busca-se o exame de legalidade do **Pregão Presencial nº 48/2014**, instaurado pelo Município de Bom Despacho, ora submetido ao crivo do Ministério Público de Contas.

No presente caso, os responsáveis foram citados e trouxeram aos autos os documentos de fls. 682/684, fls. 685/688 e fls. 702/714, assegurando-se, dessa forma, os corolários constitucionais da ampla defesa e do contraditório e, por conseguinte, o respeito ao devido processo legal formal e material.

Confrontando as defesas apresentadas com os fatos relatados nos autos, este *Parquet* entende pela permanência de irregularidade referente à **restrição à apresentação de impugnação pelos licitantes interessados**.

Efetivamente, o item 17 do Instrumento Convocatório tratou sobre a apresentação de impugnação pelos licitantes aos termos do edital. Todavia, o subitem 17.5 do edital se referiu ao protocolo das impugnações apenas pessoalmente, por escrito, em setor específico da Prefeitura.

Por sua vez, o subitem 17.5.1 dispôs que a Prefeitura não se responsabilizaria por impugnações entregues por via postal ou por outras formas diversas da que fora mencionada no subitem anterior.

A disposição editalícia pode ter afetado o direito dos licitantes à ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, inciso LV, da CR/88).

Na verdade, se for considerada válida a exigência na forma constante do edital, a parte prejudicada seria o licitante que não residisse ou possuísse estabelecimento na mesma cidade do órgão promotor do certame. No caso concreto, os interessados que residissem ou tivessem sede no Município de Bom Despacho teriam melhores condições de fazer uso do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da CR/88) do que aqueles estabelecidos em outros Municípios ou Estados da federação.

Não faz sentido, no mundo atual, a Administração rejeitar a possibilidade de uso pelos licitantes do telegrama, do fax e de modernos meios de comunicação, como correio eletrônico e internet.

O art. 413 do Código de Processo Civil, aplicável analogicamente aos procedimentos administrativos, traz a seguinte regra sobre a transmissão de documentos pelas mais diversas formas de comunicação eletrônica nos dias de hoje, *verbis*:

> **Art. 413.** O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular se o original constante da estação expedidora tiver sido assinado pelo remetente.
>
> Parágrafo único. A firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora.

Acerca dessa matéria, transcrevem-se os seguintes julgados do Colendo Tribunal de Contas da União sobre a restrição no envio de impugnações e pedidos de informação em edital de licitação, *in litteris*:

> [...] VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de levantamento de auditoria realizado em cumprimento ao Acórdão nº 2.435/2010-Plenário, com o objetivo de verificar a conformidade da contratação, pela Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, da empresa responsável pelas obras de construção do Hospital Universitário Júlio Müller, da Universidade Federal de Mato Grosso.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:
9.1. dar ciência à Fundação Universidade Federal de Mato Grosso das seguintes impropriedades identificadas na fiscalização do processo licitatório para contratação das obras do Hospital Universitário Júlio Müller, objeto do Edital de Concorrência nº 8/2010, revogado conforme Aviso de Revogação publicado no D.O.U. de 4/3/2011, seção 3: [...]
9.1.7. **vedação à apresentação de impugnações e recursos por meio de telegrama, via postal ou fac símile (fax), cerceando o pleno gozo do direito de petição garantido no art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição Federal**; [...]. (TCU. AC-2266-35/11-P, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, j. em 24/8/2011). (Grifo nosso).

[...] 5. Entretanto, a comprovação direta desse fato não se mostra imprescindível ao exame da questão, vez que, **em face dos precedentes jurisprudenciais desta Corte de Contas sobre a matéria, não é dado à administração o direito de rejeitar a entrega de recursos administrativos via fax**. É o que se depreende da leitura da Decisão 156/2002-TCU-Plenário, mencionada pela unidade técnica.
6. Sendo assim, em vista da manifestação da Prefeitura Municipal de Alagoinhas/BA no sentido de que não se encontraria obrigada a recepcionar os recursos encaminhados dessa maneira, considero que a irregularidade apontada subsiste e, dessa maneira, enseja a adoção das medidas saneadoras suscitadas pela Secex. [...]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em: [...]
9.3.1. **aceite a apresentação de RECURSOS E IMPUGNAÇÕES via fax, condicionada à apresentação do documento original dentro de prazo a ser estipulado;**
[...] (TCU: Acórdão nº 013.316/2004-7 Segunda Câmara, AC-2616-26/08-2, rel. Min. André Luís de Carvalho, 31/07/2008). (Grifo nosso).

[...] A 4ª Secex, em sede de juízo de cognição sumária, pronunciou-se favoravelmente à concessão da medida cautelar, em função do entendimento consignado na instrução de fls. 95/102, a seguir sintetizado:
I) além de contrariar o art. 19 do Decreto nº 5.450/2005, **a restrição do meio de envio de impugnações ao edital à via escrita não é compatível com o objetivo de celeridade inerente à modalidade 'pregão'**; [...]
3. Após o atendimento das comunicações processuais pertinentes, a Unidade Técnica confeccionou a instrução de fls. 124/131, uníssona, reproduzida a seguir, com os ajustes de forma que julgo pertinentes: [...]
I) **exigência abusiva de que as impugnações só seriam aceitas por escrito e omissão do Edital ao não disponibilizar endereço eletrônico para contato com o Pregoeiro**; [...]
3.3.1. O art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, estabelece que as impugnações ao ato convocatório poderão ser realizadas, por qualquer pessoa, até dois dias úteis antes da abertura das propostas, 'na forma eletrônica'. A doutrina (Marçal Justen Filho, Pregão, 4ª ed., Dialética, 2005, p. 277) entende que o regulamento não estabelece regras

formais sobre o modo de encaminhamento da impugnação, e que **o direito de petição do particular poderá ser exercido por qualquer via**, não obrigatoriamente apenas pela Internet, não podendo a Administração se recusar a receber impugnação formulada por escrito de forma tempestiva.
3.3.2. **Dada a celeridade que caracteriza o Pregão Eletrônico, a restrição imposta pelo Edital de que as impugnações sejam feitas apenas por via escrita mostra-se contrária ao sentido das normas que regulamentam este procedimento licitatório**. Além disso, de fato, o Edital foi omisso ao não informar, seja para efeito da impugnação, seja para obter esclarecimentos, um endereço eletrônico válido para comunicação dos licitantes com o pregoeiro, infringindo portanto os art. 18 e 19 Decreto 5.450/2005 e **comprometendo a competitividade e a publicidade do certame**. [...]

VOTO
Registro, em primeiro lugar, que a representação formulada pela empresa *Sigma Dataserv Informática S.A.*, em face de alegadas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 13/2007, do Ministério da Previdência Social, merece ser conhecida, porquanto atende aos pressupostos de admissibilidade inerentes à espécie.
2. Quanto ao mérito, manifesto-me favoravelmente ao encaminhamento sugerido pela Unidade Técnica, no sentido da procedência parcial da Representação, uma vez que, ante as considerações expendidas no parecer de fls. 124/131, cujos fundamentos acolho, desde já, como razões de decidir, parte das irregularidades apontadas pela interessada restou comprovada.
3. As ocorrências apuradas pela Unidade Técnica foram, em síntese:
I) restrição do meio de envio de impugnações à via escrita, contrariando o art. 19 do Decreto nº 5.450/2005, de modo incompatível com o objetivo de celeridade inerente à modalidade "pregão"; [...]
4. Concordo, também, com a Unidade Técnica no que toca à **impossibilidade da continuidade do certame em questão, dada a restrição à competitividade resultante das referidas irregularidades**, conforme a legislação pertinente e a jurisprudência dominante do Tribunal acerca do tema.
5. De fato, a constatação de vícios insanáveis no edital do Pregão Eletrônico 13/2007, os quais, como asseverou a 4ª Secex, atentam contra os princípios da isonomia, competitividade, razoabilidade e publicidade, além de contrariarem dispositivos legais expressos aplicáveis à matéria, enseja a fixação de prazo ao Ministério da Previdência Social para que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, tendentes à anulação do referido certame.
6. Por fim, julgo adequado o encaminhamento de determinação ao referido órgão para que, nos futuros procedimentos licitatórios, evite a ocorrência de inconsistências de mesma natureza das apuradas no Pregão Eletrônico nº 13/2007. (TCU. Plenário. Acórdão 2655/2007. Processo nº TC-018.269/2007-2, j. em 05/12/2007. Rel. Min. Augusto Nardes). (Grifo nosso).

Assim, permanece a irregularidade constante do edital.

Dando continuidade, o instrumento convocatório em testilha vedou a **participação de empresas reunidas em consórcio** conforme se verifica no subitem 3.2 do Edital (fl. 449).

Ora, 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, conforme dispõe o inciso I do art. 50 da Lei federal nº 9.784/1999 independente da modalidade de licitação escolhida.

Sobre o tema, o Conselheiro Relator José Alves Viana, nos autos do Recurso Ordinário nº 952.058, na Sessão do Pleno do dia 04/08/2016, em seu voto, adotou posicionamento diverso, sustentando que "quando o edital é omisso, como a vedação é a regra, presume-se proibida a participação de empresas em consórcio".

Diante do precedente acima, embora este representante do Ministério Público de Contas possua entendimento diverso, deixo de apontar a referida irregularidade para fins de aplicação de sanção.

Por fim, quanto à **exigência de alvará de localização e funcionamento da empresa (subitem 9.7 do instrumento convocatório)**, este Órgão Ministerial altera o entendimento anteriormente adotado, fl. 672, e passa a acompanhar a Unidade Técnica, fls. 722/723, quanto à inexistência de irregularidade na disposição editalícia em referência, uma vez que foi demonstrada a pertinência desse requisito em licitação cujo objeto está diretamente relacionado à atividade de fornecimento de alimentos, sujeita a fiscalização, licenciamento e controle por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Desta feita, em razão da irregularidade remanescente – restrição à apresentação de impugnação –, e tendo em vista que os argumentos trazidos aos autos não foram capazes de afastá-la, torna-se imprescindível que essa Corte de Contas não se exima das suas atribuições constitucionais. Ao contrário, que atue em todas as frentes asseguradas pelo ordenamento jurídico: pedagogicamente, preventivamente, repressivamente, a fim de desestimular a reiteração de práticas ilícitas de tal natureza, aplicando-se as sanções e recomendações cabíveis à espécie.

III. CONCLUSÃO

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

a) Em relação aos atos de gestão do Prefeito de Bom Despacho à época, **Sr. Fernando José Castro Cabral**, na qualidade de ordenador de despesa, seja **RECONHECIDA A IRREGULARIDADE** do **Processo Licitatório nº 20298.000075/2014-13 – Pregão Presencial SRP nº 48/2014**, comunicando-se ao Poder Legislativo local para as medidas cabíveis, nos termos da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário 846.826, julgado em 10/08/2016, pela prática de ato ilegal, ímprobo e antieconômico;

b) Em relação ao Pregoeiro da Prefeitura Municipal de Bom Despacho à época, **Sr. Alysson Elias Macedo**, e à integrante da Equipe de Apoio à época, **Sra. Camilla Porto Camargos Vasconcelos**, seja **JULGADO IRREGULAR** o **Processo Licitatório nº**

20298.000075/2014-13 – Pregão Presencial SRP nº 48/2014, pela prática de ato ilegal;

c) Por consequência, **APLICADA A SANÇÃO PECUNIÁRIA – pessoal e individualmente –** ao Prefeito Municipal de Bom Despacho, **Sr. Fernando José Castro Cabral**, ao Pregoeiro da Prefeitura Municipal de Bom Despacho à época, **Sr. Alysson Elias Macedo**, e à integrante da Equipe de Apoio à época, **Sra. Camilla Porto Camargos Vasconcelos**, no valor de **R$1.000,00 (um mil reais)**, como incursos no art. 85, inciso II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), pela prática de infração grave às normas legais;

d) Seja, ainda, emanada **RECOMENDAÇÃO** ao Prefeito Municipal de Bom Despacho, **Sr. Fernando José Castro Cabral**, em analogia ao art. 275, inciso III, da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), para que em caso de deflagração de novo procedimento licitatório de objeto correlato, não incorra na irregularidade ora apurada por essa Corte de Contas, passando a especificar expressamente no edital os meios de impugnações e recursos, de forma abrangente, compreendendo, por exemplo, a entrega de documento original no setor de protocolo, remessa via internet e transmissão por fac-símile, com vistas a propiciar o amplo exercício dos direitos de petição, do contraditório e da ampla defesa, consagrados no texto constitucional.

Por derradeiro, após o trânsito em julgado, devidamente intimados os jurisdicionados e decorrido o prazo legal sem pagamento espontâneo das multas cominadas, que seja passada certidão de débito e inscritos no cadastro de inadimplentes desse Tribunal, com remessa *incontinenti* ao Ministério Público de Contas para as providências de praxe, nos termos do art. 364, *caput*, c/c parágrafo único do mesmo édito, ambos da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

É o **PARECER CONCLUSIVO** ministerial.

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

Belo Horizonte, 19 de julho de 2017.

Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Procurador do Ministério Público de Contas
(Documento assinado digitalmente)