



PROCESSO Nº 951.274 -2015

1 IDENTIFICAÇÃO

Tratam os autos de Denúncia formulada pelo Sr. Lucas Dias Figueiredo, em face de supostas irregularidades constantes no edital de licitação, na modalidade Pregão Presencial nº 001/2015, Processo Licitatório nº 005/2015, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GERALDO DA PIEDADE**, cujo objeto consiste no Registro de Preços para futura “contratação de serviços de transporte de alunos das redes municipal e estadual de Ensino e Universitário”, com valor total estimado em R\$621.980,00 (seiscentos e vinte e um mil e novecentos e oitenta reais).

2 DOS FATOS, DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

A documentação em referência foi recebida como DENÚNCIA, às fls. 68, pelo Exmo. Sr. Conselheiro Presidente Sebastião Helvecio, que determinou sua autuação e distribuição ao Relator, nos termos previstos no *caput* do art. 305 da Resolução nº 12/2008, com a urgência que o caso requer.

Às fls. 69, os autos foram distribuídos ao Conselheiro Relator Mauri Torres no dia 03/03/2015, às 17h42min, que conforme relatório, às fls. 71, determinou a intimação do Sr. Ozanam Oliveira de Farias, Prefeito Municipal de São Geraldo da Piedade, e da Sr.^a Cecília Alves Martins, Pregoeira do Município, para que encaminhassem toda a documentação referente ao Pregão Presencial nº 001/2015, fases interna e externa, inclusive os contratos eventualmente firmados. Ainda, que informassem em que estágio se encontra o procedimento.

Determinou também que os referidos interessados deveriam ser advertidos de que, caso a opção da Administração Municipal seja a de revogar ou anular o certame em



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



referência, nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93, e elaborar novo edital com objeto idêntico ou similar ao ora analisado, deveriam remetê-lo a este Tribunal de Contas para exame, **no prazo máximo de 05 (cinco) dias** após a publicação, juntamente com cópia da publicação da revogação ou anulação do certame em análise, sob pena de multa diária.

Por fim, determinou a juntada da documentação, bem como que os autos fossem encaminhados a esta Coordenadoria para análise da Denúncia e, em seguida, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para emissão de parecer prévio.

Às fls. 83 a 339, o Sr. Ozanam Oliveira de Farias, Prefeito Municipal de São Geraldo da Piedade apresentou justificativa e, em seguida, em cumprimento ao despacho de fl. 81, o Processo foi enviado a esta Unidade Técnica para análise.

Realizada a análise, fls. 341/344v, esta Unidade Técnica considerou o edital do Pregão Presencial n.º 01/2015 irregular, haja vista a exigência de Certificado de Registro do Veículo em nome do licitante na fase de habilitação.

Após, os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer prévio, conforme determinação de fls. 81.

Às fls. 346/352v, o Ministério Público emitiu parecer e requereu:

- a) o aditamento do objeto da presente denúncia, nos termos acima expostos;
- b) a citação dos responsáveis, para, querendo, apresentar esclarecimentos/justificativas acerca das irregularidades apontadas nos autos e nesta manifestação: [...]
- c) após transcorrido o prazo de defesa e efetuado o reexame pela Unidade Técnica, sejam os autos remetidos novamente a este *Parquet* de Contas para manifestação conclusiva;
- d) seja este Órgão Ministerial intimado pessoalmente da decisão que eventualmente indefira, no todo ou em parte, os requerimentos acima formulados.

Às fls. 360/376, o Sr. Ozanam Oliveira de Farias, Prefeito Municipal de São Geraldo da Piedade, e a Sr.^a Nilzete Maria da Silva, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, apresentaram defesa.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação*



Isto posto, passa-se à análise da defesa em face das irregularidades apontadas por esta Unidade Técnica e pelo Ministério Público de Contas.

2.1 Da exigência de Certificado de Registro do Veículo em nome do licitante na fase de habilitação

Esta Unidade Técnica, fls. 341/344v, considerou irregular o edital do Pregão Presencial nº 01/2015 devido à cláusula que exige Certificado de Registro do Veículo – CRV - em nome do licitante na fase de habilitação.

Os responsáveis, fls. 360/376, alegaram que nas licitações a Comissão de Licitação ao estabelecer algumas exigências visa assegurar a regular execução do contrato e tem, portanto, discricionariedade para estabelecer os requisitos conforme a característica do objeto, porém sempre respeitando os princípios e dispositivos norteadores do Direito Administrativo.

Citaram o art. 37, XXI, da Constituição Federal para justificar a exigência do edital quanto à qualificação técnica, **por ser exigência indispensável à garantia do cumprimento das obrigações**. Citando também o art. 37 da Lei 8.666/93, declaram que exigências demasiadas e “rigorismos inconstitucionais” é que são vedados pela lei.

Transcreveram pensamento do Professor Marçal Justen Filho que discorre sobre a possibilidade do ato convocatório adotar cláusulas restritivas de participação, sendo perfeitamente possível que estas cláusulas, rigorosas, possam ser cumpridas por pessoas específicas. A ideia é que se veda a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, e que possa ensejar não obtenção da proposta mais vantajosa, mas o beneficiamento ou prejuízo de alguns particulares.

Em seguida citaram o inciso I do art. 3º da Lei 8.666/93 para considerar que as condições editalícias que são impertinentes ou irrelevantes à finalidade da licitação é que são proibidas.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



ANÁLISE

Nas licitações, cabe à Administração prever as exigências técnicas mínimas necessárias à execução do objeto e firmá-las no ato convocatório, visando oportunizar a participação do maior número de interessados possível, para garantir maior competitividade do certame e assegurar a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

A discricionariedade da Administração, conforme defendido pelos responsáveis, não pode se sobrepor aos princípios que norteiam as licitações e nem mesmo às leis que as regem e deve sempre atender o interesse público.

Além de desrespeitar o §6º do art. 30 da Lei 8.666/93, como apontado no relatório anterior desta Unidade Técnica, fls. 341/344v, entende-se que a Administração também descumpriu o inciso XXI do art. 37, da Constituição Federal, que aduz:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (Grifos nossos)

Assim, entende-se que o Certificado de Registro do Veículo deve ser exigido no momento da contratação. Não se pode vedar a participação de licitantes que porventura não estejam com a documentação do veículo regularizada, mas que, na possibilidade de ser o vencedor, regularize esta situação e atenda o contrato eficientemente.

A possibilidade de “aceitação de cláusulas rigorosas para pessoas específicas” que foram citadas pelos responsáveis por meio do pensamento do Professor Marçal Justen Filho, são determinadas pelo inciso IV do art. 30, e são prescritas apenas para qualificação técnica dos licitantes que tenham que atender **requisitos previstos em lei especial.**

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação*



Diante do exposto, corroborando o relatório anterior desta Unidade Técnica, entende-se que o item está irregular, pois o requisito exigido para habilitação técnica pode cercear a participação de um maior número de licitantes no certame, o que fere a observação do princípio da isonomia e da legalidade, além de não possibilitar à Administração a obtenção da proposta mais vantajosa.

2.2 Da utilização do Sistema de Registro de Preços

O Ministério Público, fls. 346/352v, manifestou-se e apontou como irregularidade a utilização do Sistema de Registro de Preços - SRP, pois considera que este somente é adequado quando “constatada que a necessidade da Administração seja imprevisível quanto aos quantitativos necessários para supri-la e quanto ao momento em que as contratações se farão necessárias”. Resumiu como hipóteses para utilização do SRP, a contratação frequente do objeto, o objeto com entregas parceladas, a contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa, ou quando a Administração não tiver condições de definir o quantitativo do objeto.

A seguir registrou que consta do Projeto Básico, fls. 105/112, a definição das rotas com a descrição do número de rotas, todos os trajetos e horários, o número de quilômetros a ser feito por dia em cada rota, o número total de dias em que o serviço deverá ser prestado, bem como a quilometragem total por rota.

Destacou que o Termo de Referência não explicita os motivos concretos para a adoção do SRP, e, em seguida, citou Acórdão do TCE de São Paulo, que concluiu pela anulação do certame, face a irregularidade diante da adoção do SRP para contratação de empresa de transporte de alunos, considerando-se a natureza continuada do serviço. Neste sentido, no caso concreto, também considerou irregular a adoção do SRP

Os responsáveis não apresentaram defesa, se limitando a transcrever o texto todo ou parte do texto contido no endereço eletrônico <http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2009/Heliana.pdf>, acessado por esta Unidade Técnica em 17/08/2017 – 13:25.

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação*



ANÁLISE

Verifica-se que os responsáveis não entraram no cerne da questão quanto à utilização do Sistema de Registro de Preços - SRP, perdendo, assim, a oportunidade de esclarecer o motivo de escolher tal procedimento.

Inferre-se que a opção da Administração em não apresentar justificativa para a escolha do SRP para licitação se deve à inexistência do fundamento que comprove que a opção escolhida é adequada, uma vez que na legislação que autoriza a utilização deste sistema, não se enquadra o objeto da licitação em análise, “transporte de alunos”.

Importa demonstrar que o SRP está especificado nos §1º ao 6º do art. 15 da Lei nº 8.666/93:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

I - seleção feita mediante concorrência;

II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;

III - validade do registro não superior a um ano.

§ 4º A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições.

§ 5º O sistema de controle originado no quadro geral de preços, quando possível, deverá ser informatizado.

§ 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Os decretos que regulamentam o SRP são, no âmbito federal o Decreto nº 7.892/2013, e, no âmbito do Estado de Minas Gerais o Decreto nº 46.311/2013.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Da leitura dos decretos regulamentadores, depreende-se que o SRP é cabível somente nas seguintes hipóteses:

- I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;
- III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo;
- IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Entende-se que o serviço de transporte de aluno é um serviço continuado, que não demanda contratação em vários momentos do período de vigência da Ata de Registro de Preços. E também que este serviço não é remunerado por unidade de medida ou em regime de tarefa; ou, para atendimento a mais de um órgão ou entidade e que o quantitativo do serviço foi previamente definido no edital, Projeto Básico, fls. 105/112, itens 5 a 10, conforme bem demonstrou o Ministério Público de Contas, fl. 347v:

[...] foram definidos detalhadamente: o número de rotas, todos os trajetos e horários, o número de quilômetros a ser feito por dia em cada rota, o número total de dias em que o serviço deverá ser prestado, bem como a quilometragem total por rota.

Dessa forma, tendo em vista que a quantidade do serviço a ser contratado é certa e determinada, bem como o período do seu fornecimento, entende-se que não poderia ser utilizada no presente edital a contratação por meio de SRP.

A Cartilha da Controladoria Geral da União - Secretaria Federal de Controle Interno, Sistema de Registro de Preços, Perguntas e Respostas, Edição Revisada, 2014¹, responde à pergunta referente ao SRP:

18. Quando a quantidade a ser adquirida é certa e determinada, bem como o período do seu fornecimento, pode-se utilizar a contratação por meio de SRP?

¹ file:///D:/Users/mcguimaraes/Downloads/CGU-Sist-Reg-Precos-2014.pdf. Acesso em: 21/07/2017.
C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Não. Considerando que os pressupostos de admissibilidade de utilização do SRP remetem às contratações estimadas e não obrigatórias, **não seria adequada a realização de licitação por meio de SRP quando os quantitativos a serem fornecidos e o período de entrega sejam de conhecimento da Administração Pública.** [...].

Quanto ao previsto no inciso II, art. 3º, do Decreto nº 7.892/2013 - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa, o entendimento é de que para o emprego dessa hipótese a demanda da Administração Pública deve ser estimada e a entrega parcelada não deve apresentar período certo para eventual adimplemento por parte do fornecedor ou prestador de serviços, caso contrário, conforme já descrito, o pregão não deve ocorrer para registro de preços, e sim, na sua forma ordinária.

Acrescenta-se, ainda, que o edital de licitação para registro de preços deve contemplar, conforme estabelece o inciso II, art. 9º, do Decreto nº 7.892/2013, a estimativa das quantidades a serem adquiridas pelo órgão gerenciador e órgãos participantes. [...] (Grifo nosso)

Esta Corte de Contas em decisão na Denúncia 951.615/2015 determinou a suspensão liminar do Pregão 008/2015, promovido pela Prefeitura Municipal de Vespasiano para contratação de serviço de transporte escolar por considerar irregular a adoção do SRP para este objeto:

Diante dos apontamentos da Unidade Técnica, dos argumentos da defesa e da documentação apresentada pelos responsáveis, bem como da manifestação do Ministério Público junto ao Tribunal, passo a fundamentar meu voto.

[...]

Quanto à adoção do Sistema de Registro de Preços, a Unidade Técnica considerou-o inadequado para a contratação, uma vez que o objeto do procedimento licitatório era um serviço de natureza contínua, e o quantitativo a ser contratado e o período de fornecimento certos e determinados.

O defendente alegou que o Sistema de Registro de Preços é um sistema de aquisição ou contratação previsto pela Lei de Licitações, que visa otimizar os custos para a Administração Pública, além de não haver vedação legal para sua adoção, considerando o objeto do presente certame.

O Sistema de Registro de Preços está previsto no art. 15, II e §3º, da Lei nº 8.666/93:

[...]



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



No âmbito federal, o registro de preços foi regulamentado pelo Decreto nº 7.892/2013 e no âmbito estadual pelo Decreto nº 46.311/2013, que definem as hipóteses que permitem a utilização do sistema de preços:

[...]

Da leitura do dispositivo acima transcrito, observa-se que o objeto do presente certame, qual seja, a prestação de serviços de transporte escolar, não se enquadra em nenhum dos requisitos de que tratam os citados decretos. Isso ocorre porque o objeto licitado não é serviço que necessite de contratação frequente, remunerado por unidade de medida ou em regime de tarefa e para atendimento de mais de um órgão ou entidade.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, *ipsis litteris*:

Com efeito, os serviços pretendidos não são compatíveis com o sistema de registro de preços como quer a Prefeitura. Os serviços de transporte escolar têm clara definição de seus itinerários, feita nos anexos do edital, sendo, portanto, serviço continuado, que não ensejará contratação em momentos diversos no período de vigência da ata.

(...)

Nestas condições, meu voto determina à Prefeitura de Franco da Rocha, que anule o Pregão Presencial nº 14/2011, e que ao reabrir o certame, observe com rigor a legislação e a jurisprudência vigente, eliminando, assim, exigências ilegais e/ou contrárias aos julgados deste Tribunal. Consigno dever interessar à prefeitura conhecer as manifestações dos órgãos da Casa.

(São Paulo). Tribunal de Contas. Pleno. Exame Prévio. TC 18.361/026/11. Rel. Cons. Antonio Roque Citadini)

Pelo exposto, entendo que a adoção do sistema de registro de preços é inadequada para a contratação objeto do Pregão nº 008/2015.

Diante do exposto, concordando o entendimento do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, esta Unidade Técnica considera irregular a adoção do Sistema de Registro de Preços para proceder à contratação de serviço de transporte escolar, por este ser um objeto que não se enquadra nas características requeridas pela legislação que rege o assunto.



2.3 Da ausência de indicação de dotação orçamentária

O Ministério Público, fls. 346/352v, também apontou como irregularidade a ausência de indicação da dotação orçamentária pela qual correrá a despesa oriunda da execução do serviço de transporte e destacou que o edital justificou esta ausência no item 19.1, fl. 207.

Também citou o previsto no art. 14 da Lei 8.666/93, que prevê que nenhuma compra será feita sem a indicação dos recursos orçamentários e frisou que o art. 15 da mesma lei, não dispensa a indicação da dotação orçamentária e para confirmar tal entendimento, citou decisão do TCU pela inclusão de dotação orçamentária nos editais de pregão com a finalidade de registro de preço. Declarou novamente a irregularidade da adoção do sistema de registro de preços, apontada no item anterior.

Ao final, para fundamentar a irregularidade apontada, citou os arts. 3º, 6º e 60 da Lei Federal 4.320/1964, e os arts. 7º, § 2º, inciso III, 14 e 55, inciso IV, da Lei Federal 8.666/1993.

Os responsáveis, fls. 360/376, alegaram que o Ministério Público errou em seu entendimento, pois há no processo e no contrato firmado a indicação de dotação orçamentária necessária para informar as fontes das despesas e citaram a Orientação Normativa da AGU de 2009 e o § 2º do art. 7º do Decreto 7.892/13 para justificar que na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que será exigida apenas no contrato ou outro instrumento hábil. Por fim, afirmaram que quanto às dotações orçamentárias para celebração do contrato administrativo, obedeceram o art. 14 da Lei 8.666/93 e o art. 60 da Lei 4.320/64.

ANÁLISE

A princípio cumpre informar que os arts. 15 e 55 (inciso IV) da Lei 8.666/93 não versam sobre a obrigatoriedade de indicação da dotação orçamentária nas licitações



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



que adotam o sistema de registro de preços, conforme entendeu o Ministério Público de Contas.

Entretanto, esta Unidade Técnica corrobora com o entendimento do *Parquet* quanto à irregularidade relativa à ausência de cláusula no edital indicando a dotação orçamentária. **Porém, considera como irregular a ausência de indicação da dotação orçamentária somente porque esta licitação não deveria ser realizada para registro de preços, conforme foi analisado no item anterior.**

Caso fosse correta a adoção do sistema de registro de preços para o serviço de transporte escolar, concordar-se-ia com a justificativa da Administração de que a indicação de dotação orçamentária seria obrigatória apenas na contratação.

Esta Corte de Contas na Representação 863.085/2012, julgou improcedente a irregularidade quanto à ausência de indicação de dotação orçamentária no Pregão Presencial 073/2010 do Município de Lagoa da Prata, por se tratar de pregão para registro de preços, a saber:

Não obstante, não se pode perder de vista que o pregão que se analisa é destinado ao registro de preços, sistema no qual não se encontra obrigada a Administração Pública a efetivar a contratação, conforme art. 15, §4º, da Lei de Licitações.

O registro de preços, como cediço, tem objetivo de promover maior dinamismo nas contratações administrativas, possuindo diversas vantagens que são amplamente propaladas pela doutrina pátria .

Nesses casos, segundo Professor Marçal Justen Filho,

(...) a licitação não gerará necessariamente uma certa contratação, mas propiciará a formação de uma espécie de cadastro de fornecedores. Na hipótese, haverá a contratação se e quando houver recursos disponíveis. Logo, a licitação para registro de preços não envolve a perspectiva imediata e determinada da realização de uma contratação.

Por consequência, torna-se desnecessária a previsão de dotação orçamentária na espécie em comento. Esta é a opinião de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Com a adoção do Sistema de Registro de Preços, a Administração deixa a proposta mais vantajosa previamente selecionada, ficando no aguardo da aprovação dos recursos orçamentários e financeiros.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Não há necessidade de que o órgão tenha prévia dotação orçamentária porque o Sistema de Registro de Preços, ao contrário da licitação convencional, não obriga a Administração Pública face à expressa disposição legal nesse sentido.

Nesse sentido, observe-se o posicionamento do TCU:

(...) o registro de preços não é uma modalidade de licitação, e sim, um mecanismo que a Administração dispõe para formar um banco de preços de fornecedores, cujo procedimento de coleta ocorre por concorrência ou pregão. Em razão de ser um mecanismo de obtenção de preços junto aos fornecedores para um período estabelecido, sem um compromisso efetivo de aquisição, entendemos ser desnecessário, por ocasião do edital, o estabelecimento de dotação orçamentária. Todavia, por ocasião de uma futura contratação, torna-se imprescindível a dotação orçamentária para custeio da despesa correspondente, na forma do art. 11 do Decreto 3931/2001. Assim, acolhemos a justificativa. (...) Acórdão TCU 1.279/2008 – Plenário.

No caso, restou demonstrado documentalmente que, por ocasião das efetivas contratações, a Administração se precaveu da existência de disponibilidade orçamentária e financeira, sendo, portanto, regular o procedimento.

Diante dessa perspectiva, com a devida vênia do entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, tenho por improcedente este apontamento de irregularidade.

Diante do exposto, entende esta Unidade Técnica que, devido à escolha irregular do sistema de registro de preços para o objeto “serviço de transporte escolar”, conforme analisado no item anterior, também tornou-se irregular a ausência da indicação da dotação orçamentária no edital.

2.4 Da exigência de alvará de localização e funcionamento para habilitação

O Ministério Público, fls. 346/352v, também apontou irregularidade no item 3.2.10 do edital, fl. 195, que exige para habilitação dos licitantes a apresentação de alvará de localização e funcionamento, por considerar que tal exigência não encontra amparo nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93 e citou lição de Marçal Justen Filho que traz pensamento análogo. Em seguida citou entendimento do Tribunal de Contas de Minas Gerais na Denúncia 877079, onde reforça-se a irregularidade de se exigir documentos



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação*



além dos previstos nos referidos artigos, incluindo nestes o alvará de localização e funcionamento dos licitantes.

Os responsáveis, fls. 360/376, alegaram que exigir o alvará de localização e funcionamento não é ilegal, uma vez que toda empresa licitante deverá comprovar seu efetivo funcionamento. Transcrevem trechos da decisão do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso no processo 23.2394/2013 e do Parecer Ministerial do TCE de Mato Grosso no processo 87521/2013, para concluir que a exigência do alvará de funcionamento não é condição restritiva de competitividade.

A seguir, citam o inciso V do art. 28, entendendo que o inciso permite a exigência do alvará de funcionamento como critério de habilitação e terminam citando decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre o tema.

ANÁLISE

A princípio cumpre informar que o inciso V do art. 28, citado pela defesa, estabelece a obrigatoriedade de registro ou autorização para funcionamento **quando a atividade assim o exigir**, o que não é o caso do presente objeto.

O Alvará de Funcionamento é um documento que não está inserido rol de documentos previstos nos artigos 27 a 31, da Lei 8.666/93 e no art. 4º, XIII da Lei 10.520/02. 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 no ato da contratação.

Como bem apontado pelo d. Ministério Público de Contas, fazendo menção aos dispositivos da Lei 8.666/93 supracitados, “referidos dispositivos buscam evitar que pessoas, físicas ou jurídicas, que não tenham qualificação mínima venham a ser contratadas, colocando em risco a execução do ajuste e, em última análise, o atendimento ao interesse público adjacente”.

Importa conhecer decisão desta Corte de Contas no Agravo 912165/2014, interposto pela empresa SC Distribuidora Ltda. em face da decisão monocrática nos autos
C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



da Denúncia nº 912080/2014, na qual foi determinada a suspensão liminar do Pregão Presencial 089/2013, promovido pela Prefeitura de Ouro Preto, que incluía entre os documentos necessários para habilitação o alvará de licença para localização e funcionamento:

Nas razões do recurso, a agravante alegou que a apresentação do alvará de licença para localização e funcionamento constitui exigência de caráter mínimo para garantir a segurança da contratação pretendida por meio do Pregão Presencial nº 089/2013, tendo em vista o objeto licitado, qual seja, a aquisição de material de limpeza. Ressaltou a existência de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que admitem a referida exigência na fase de habilitação do processo licitatório.

[...]

Todavia, as justificativas apresentadas pela agravante não merecem prosperar. Inicialmente, faz-se mister observar que, a fim de salvaguardar a contratação, a Administração Pública deve exigir dos licitantes os documentos que demonstrem sua capacidade para honrar os compromissos contratuais. Contudo, há que se atentar não apenas para a documentação exigida, como também para o momento fixado no edital para sua apresentação, a fim de que não haja indevida restrição do caráter competitivo do certame, em afronta ao princípio da isonomia e, portanto, ao disposto no art. 5º da CR/88 e no art. 3º da Lei nº 8.666/93.

[...]

Proposta de Voto

Diante do exposto, deve ser **negado provimento** ao presente agravo, mantendo-se a decisão recorrida, que determinou a suspensão do Pregão Presencial nº 089/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto, tendo em vista a afronta ao caráter competitivo do certame e à isonomia, em violação ao art. 5º da CR/88, ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 e ao art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/02, em virtude da exigência de apresentação de alvará de licença para localização e funcionamento para fins de habilitação.

[...]

[...] diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em, preliminarmente, admitir o presente agravo; e, no mérito, em negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão recorrida, que determinou a suspensão do Pregão Presencial n. 089/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Ouro Preto [...]



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Neste mesmo sentido o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo estabeleceu na Súmula 14:

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.

Portanto, entende esta Unidade Técnica que persiste a irregularidade apontada pelo *parquet*, consubstanciada na exigência de apresentação de alvará de funcionamento na fase de habilitação, presente no item 3.2.10.

2.5 Da ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e Justiça do Trabalho

Outra irregularidade apontada pelo Ministério Público, fls. 346/352v, refere-se ao item 3.4 do edital, que não exigiu dos licitantes autônomos a comprovação da regularidade perante a Seguridade Social e Justiça do Trabalho, conforme previsto nos arts. 27 e 29 da Lei Federal n. 8.666/93, os quais foram transcritos.

Transcreveu também entendimento desta Corte de Contas nos autos da Consulta nº 863.637/2012 para concluir seu entendimento de que o edital está irregular devido à omissão quanto à exigência de regularidade perante a Seguridade Social (art. 29, inc. IV, Lei 8.666/93) e também perante à Justiça do Trabalho (art. 29, inc. V, Lei 8.666/93).

Os responsáveis, fls. 360/376, alegaram que não há omissão em relação aos itens indicados, uma vez que o edital faz a exigência para pessoas jurídicas. E citam os itens do edital, 3.2.2, 3.2.4 e 3.2.7, que exigem, respectivamente, “Prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando Regularidade no cumprimento dos encargos sociais instituídos por Lei (INSS)”; Prova de Regularidade com a Fazenda Federal,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Certidão Conjunta” e “Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)”. E concluem citando o Art. 194 e o parágrafo 3º do art. 195 da Constituição Federal de 1988.

ANÁLISE

Aduz o art. 29 da Lei 8.666/93 quanto à regularidade fiscal e trabalhista:

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa[...]

Constata-se que, acertadamente, o edital no item 3.2 “Habilitação Fiscal”, fl. 194, estipulou as exigências às empresas licitantes quanto à regularidade fiscal e trabalhista. Porém, as exigências em relação ao licitante autônomo não foram estipuladas.

Infere-se que a Administração em sua defesa ao citar o art. 194 e o parágrafo 3º do art. 195 da Constituição Federal, teve como objetivo justificar como correta a exigência da referida documentação apenas para a pessoa jurídica. Porém, a lei 8.666/93 ao preconizar sobre a documentação a ser exigida na habilitação, não fez nenhuma diferenciação quanto ao tipo de participante que deveria apresentá-la, se pessoa jurídica ou física, a saber:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á **dos interessados**, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Grifo nosso)



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Ademais, o edital no item 3.4, fl. 195, contém as seguintes exigências para o licitante autônomo:

. Declaração do prestador de serviço participante de que os condutores dos veículos que farão o transporte escolar tenham idade superior 21 (vinte e um) anos e Carteira de Habilitação, categoria “D”, conforme prevê [...]

. Declaração do prestador de serviço participante de cumprimento do Inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal, disposto no inciso V, Art. 27, da Lei 8.666 de 21/6/1993 e legislação subsequente; (*sic*)

Vê-se que a Administração prevê que o licitante autônomo terá a possibilidade de contratar motoristas. Também ao exigir do licitante a declaração de que cumpre o disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, prevê a contratação de auxiliares, uma vez que o citado inciso aduz sobre a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

Entende-se que estas exigências do edital são motivos mais do que suficientes para que se faça constar as exigências contidas no art. 29, incisos IV e V da Lei 8.666/93 para o licitante autônomo, uma vez que estes têm a probabilidade de contratar funcionários quando da entrega do objeto.

Diante do exposto, entende-se que uma vez que o edital possibilita a participação de pessoas físicas no certame, estas têm que comprovar sua regularidade fiscal e trabalhista como as demais participantes.

2.6 Da exigência de credenciamento para recebimento das propostas

O Ministério Público de Contas, fls. 346/352v, apontou a existência de cláusula irregular, “4.3”, fl. 196, no edital do certame, a qual restringe a participação de licitantes cujos representantes não compareçam para o credenciamento no dia e horários estabelecidos no edital.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



De acordo com o *parquet* de contas, tanto a Lei Federal 8.666/93, quanto a Lei Federal 10.520/02 são silentes quanto à obrigatoriedade da presença física dos licitantes durante as sessões do certame.

Citou Consulta ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que em resposta entendeu que a forma “presencial” da modalidade pregão não impõe a presença física dos licitantes e que, quanto ao credenciamento, a ausência do licitante tem o condão de impedir apenas a formulação de lances, a manifestação de recurso ou demais atos inerentes ao certame.

Os responsáveis, fls. 360/376, alegaram que a presença física do licitante no certame reduz a possibilidade de eventuais riscos que ocorrem com a participação à distância, motivo pelo qual a exigência foi estabelecida. Eles entendem que o objeto elimina a possibilidade do não comparecimento dos participantes à sessão de credenciamento, pois as rotas estipuladas são desconhecidas e se constituem basicamente de estradas com difícil acesso, o que pode levar à formulação de propostas inexequíveis e frustrar a fase competitiva de lances e a possibilidade de negociação.

ANÁLISE

O edital assim prevê, às fls. 196/197, no item 4 – “Do credenciamento”:

4.3. A ausência do credenciado, no momento da sessão de credenciamento, importará a imediata exclusão do licitante por ele representada, salvo autorização expressa da Pregoeira para receber procuração via fax e o mesmo declarar fidedignidade do documento.

Entende-se que tal cláusula vai de encontro à interpretação do Tribunal de Contas do Paraná, citada pelo Ministério Público de Contas, bem como ao entendimento do *Parquet*, uma vez que o envio postal dos envelopes não é prejudicial ao caráter competitivo do certame, mas restringir a participação dos licitantes de forma injustificada sim.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Nesta Corte de Contas, o Conselheiro Mauri Torres na Denúncia 886.600/2013 entendeu pela irregularidade da exigência de credenciamento das empresas para recebimento dos envelopes contendo proposta comercial e documentos de habilitação, a saber:

III – MÉRITO

Passo à análise dos itens da denúncia considerados procedentes pela Unidade Técnica e apontados pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas no parecer preliminar.

[...]

4 – Exigência de credenciamento das empresas para recebimento dos envelopes contendo proposta comercial e documentos de habilitação, subitem 7.4 do edital. Defesa do Pregoeiro

[...]

Análise

A Unidade Técnica considerou improcedentes os argumentos dos defendentes, em síntese, nos seguintes termos:

A obrigatoriedade de comparecimento à sessão do pregão estaria restringindo a competitividade, diminuindo o universo dos participantes, limitando-se aos licitantes locais ou de cidades próximas, não observado os princípios constitucionais da isonomia e da igualdade, dispostos no Caput do art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

Como bem disse o Ministério Público de Contas às fls. 649v, “a proposta de preço deve ser apreciada mesmo que o licitante não compareça fisicamente, não envie representante, ou na hipótese de comparecimento de representante, a documentação para o credenciamento não atenda às exigências do edital. Por isso, a ausência do licitante não deve ser um motivo para desclassificação, mas, vista por outro ângulo, apenas a renúncia ao direito de formular lances e de recorrer dos fatos ocorridos na sessão.”

Do mesmo modo, se o licitante não participa da sessão do pregão, estará tão somente, abrindo mão do direito de formular lances verbais e de recorrer imediatamente ao final do pregão, garantidos nos incisos VIII e XVIII do art. 4º da Lei Federal nº 10.520/02, respectivamente, ou no caso de microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa, do direito de desempatar a licitação, disposto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

(...)

Diante do exposto, tendo em vista que os defendentes não acrescentaram fatos novos com o condão de sanar a irregularidade aditada pelo Ministério Público de Contas, este Órgão Técnico entende,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



s.m.j., que não assiste razão aos defendentes, ficando mantido o apontamento de fls. 648v a 649v.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ratificou o exame técnico neste ponto. Compulsando os autos verifica-se que o item 7.4 do edital considerado irregular dispõe o seguinte:

Não serão recebidos os envelopes contendo a Proposta Comercial e os Documentos de Habilitação das empresas que não comprovarem o seu credenciamento.

Nota-se que o inciso VI do art. 4º da Lei n. 10.520/02 estabelece o seguinte:

No dia e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame. (destaquei)

Assim, é irregular a exigência constante do item em análise, pois não há imposição legal de credenciamento prévio das empresas na modalidade pregão, apenas o credenciamento dos representantes para a fase de lances.

A presença física ou não dos licitantes não é fator único e determinante para exame de efetiva competição entre eles, tendo em vista que mesmo quando todos eles estão credenciados, há a possibilidade de que nenhum registre lances. Assim, a proposta de preço deve ser apreciada mesmo que o licitante não compareça fisicamente, nem envie representante.

Desta forma, entende esta Unidade Técnica que o item 4.3 está irregular.

2.7 Da previsão de faixa de variação em relação ao preço de referência

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, fls. 346/352v, apontou como irregular o item 8.4.6, por prever faixa de variação em relação ao preço de referência, conforme vedação do art. 40, inc. X da Lei Federal 8.666/93, que foi transcrito, e ressaltou que a faixa de variação prevista na referida cláusula não corresponde às ressalvas no art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93.

Os responsáveis, fls. 360/376, alegaram que o objetivo da Administração é impor um preço máximo em relação à planilha de preços, e, portanto, não há irregularidade em fixar os preços até o limite de 10% (dez por cento) dos preços fixados na planilha estimativa.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Citaram o Acórdão 4.852/2010 – Plenário, do TCU, destacando que “foi recomendado à entidade licitante que se abstinhasse de “adjudicar propostas com valores superiores aos preços de referência estimados na fase interna de seus processos licitatórios, com vistas a dar eficácia ao disposto no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93””.

ANÁLISE

Aduz a cláusula 8.4.6 do edital, referente ao julgamento das propostas:

8.4.6 Serão considerados **excessivos** valores apresentados na proposta acima de **10% (dez por cento)** dos valores constantes da planilha de estimativa de preços cotado pelo município.

A definição do preço máximo nos editais, tem como objetivo limitar os preços que o licitante poderá apresentar, estabelecendo o critério de julgamento das propostas. A Administração, portanto, não necessita justificar a desclassificação que porventura venha ocorrer da apresentação de preço superior ao definido no edital.

O preço de referência é obtido por meio de pesquisa de preços no mercado e define o preço que a Administração pretende despendar com o objeto que será licitado. Usualmente, no caso de não fixar-se o preço máximo no edital, usa-se o preço de referência como base para julgar a proposta. Normalmente, a proposta com preço superior ao preço de referência, caso não seja abusiva, não é desclassificada. Porém, uma vez desclassificada, torna-se obrigatório justificar a desclassificação.

O artigo 40, X, da Lei 8.666/93 quando aduz sobre a elaboração do edital de licitação, autoriza que este contenha cláusula que determina o preço máximo para elaboração das propostas, mas proíbe que esse preço máximo tenha faixas de variação em relação a preços de referência, a saber:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, **permitida a fixação de preços máximos e vedados** a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou **faixas de variação em relação a preços de referência**, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; (Grifo nosso)

Observa-se que a ressalva contida no inciso X (art. 48, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93), que permite o uso do preço de referência como limite máximo, não contempla o objeto do Pregão 001/2015, uma vez que este não objetiva realização de “obras ou serviços de engenharia”, concluindo-se, portanto, que a cláusula apontada como irregular pelo Ministério Público está mesmo em desacordo com a Lei 8.666/93.

Contudo, constata-se que o TCU não pacificou entendimento quanto ao uso do preço de referência como limite máximo de preços nas licitações, inclusive no Acórdão citado pelos responsáveis, conforme se verifica em matéria da Consultoria Zênite, onde citou-se o Acórdão 1880/2010 – Plenário², que traz decisão entendendo que, caso ausente a estipulação do preço máximo, o preço estimado será considerado o valor limite da contratação e o Acórdão 392/2011 – Plenário, onde é evidenciada a diferença entre preço máximo e preço estimado :

Acórdão 1880/2010 – Plenário

[...]

10. Por aí se vê que o pregoeiro cumpriu exigência constante da legislação e do edital, **ao verificar a compatibilidade da proposta formulada pelo concorrente classificado em primeiro lugar com o preço estimado para a contratação**, adotando dita coerência como um dos critérios de aceitação das propostas [...]

12. Assim, embora essa estimativa não represente, num primeiro momento, um valor máximo para efeito de desclassificação de propostas incompatíveis, já que existe a possibilidade de contraproposta por parte da administração (diferentemente do estatuído para outras modalidades de licitação no art. 40, inciso X, c/c o art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993), num passo seguinte, ela pode levar a isso [...]

² <http://www.zenite.blog.br/a-aceitabilidade-de-precos-na-visao-do-tcu-inexistencia-de-entendimento-pacifico/>

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



13. Com efeito, é razoável admitir que o preço estimado pela administração, em princípio, seja aquele aceitável, para fins do disposto no § 5º antes transcrito, ou o máximo que ela esteja disposta a pagar na contratação pretendida, fazendo com que todos os esforços de negociação com os licitantes se desenvolvam em torno dessa importância.

14. Afinal, trata-se de orçamento quantificado a partir de amplos estudos e pesquisas de mercado, aí incluídas avaliações quanto aos preços utilizados por órgãos/entidades equivalentes da administração pública, o que atribui a tal estimativa o requisito da confiança, próprio dos documentos públicos” (destacamos). (Min. Rel. Valmir Campelo. Julgado em 04/082010.)

Acórdão 392/2011 – Plenário

[...]

“3 ‘Orçamento’ ou ‘valor orçado’ ou ‘valor de referência’ ou simplesmente ‘valor estimado’ não se confunde com ‘preço máximo’. O ‘valor orçado’, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o ‘preço máximo’ a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual.” (destacamos). (Min. Rel.: José Jorge. Data do julgamento: 16/02/2011.)

Esta Unidade Técnica, corrobora com o entendimento do Conselheiro Relator José Jorge no Acórdão 392/2011 do TCU. Pode ser possível que em certas licitações, o preço máximo corresponda ao valor de referência, porém, em outras, pode acontecer de ter como teto para as propostas de preços os valores estimados, faça com que as propostas sejam formuladas com preços acima do pretendido pela Administração, que tem como obrigação contratar o melhor preço possível.

O Acórdão 2688/2013 - Plenário³ traz também este entendimento:

9.3 Análise - face aos argumentos, cabe observar que:

a) conforme entendimento convergente do TCU, o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal do art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93, é obrigação do gestor e não sua faculdade, uma vez que o limite constitui fator ordenador da licitação, ao evitar a disparidade exagerada dos preços unitários e global constantes das propostas, situação que poderia predispor a contratação futura a alterações indevidas. Tal linha de convergência

³ https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*KEY%3AACORDAO-COMPLETO-1289160/DTRELEVANCIA%20desc/false/1
C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação*



é presente nos Acórdãos do TCU/Plenário 2014/2007, 2381/2008 e 168/2009 e outros julgados que levaram à edição da Súmula TCU 259/2010. A lógica por trás das licitações, quando se conhece os preços praticados no mercado, é obter propostas abaixo desse patamar. Uma proposta com preço acima do mercado certamente não será a mais vantajosa para a administração, justificando, inclusive, consoante art. 24, VII, da Lei 8.666/1993, a adjudicação direta dos bens e serviços, por atender, no caso específico, o interesse maior da administração e seu alinhamento com o princípio constitucional da economicidade. [...]

O edital estipula que os valores oferecidos acima de 10%, que terão como base a estimativa de preços cotados pelo município desclassificam a proposta. Ou seja, a Administração poderá aceitar propostas que contenham preços até 9,9% a mais do valor do preço cotado, quando deveria tentar obter propostas abaixo do patamar proposto pelo mercado.

Diante do exposto, concordando com o Ministério Público, entende esta Unidade Técnica que a cláusula 8.4.6 está irregular, uma vez que desrespeita o inciso X do art. 48 da Lei 8.666/93 e por trazer risco de contratações desvantajosas.

2.8 Dos meios de envio das razões de recurso

O Ministério Público de Contas, fls. 346/352v, apontou como irregular o item 10.6 do edital, fl. 202, que dispõe que não serão aceitos os recursos interpostos via fac-símile, e-mail ou fora dos respectivos prazos legais, por considerar que limitar apenas ao meio presencial a possibilidade dos licitantes de oferecer razões de recurso, viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Considerou também que o controle da legalidade sobre os procedimentos licitatórios deve ser o mais amplo possível e que não acarreta prejuízo algum à condução do certame a admissibilidade de impugnações ou recurso via fac-símile, com a remessa posterior do original via postal ou protocolo presencial. Destacou que no Poder Judiciário não é novidade a prática de atos processuais via fac-símile, conforme previsto na Lei Federal 9.800/99.

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



Enfim, transcreveu entendimento desta Corte de Contas nos autos do Edital de Licitação 913.221, que concluiu pela irregularidade da restrição ora impugnada, assim como citou as Denúncias 879.876 e 862.797, que decidiram no mesmo sentido.

Os responsáveis, fls. 360/376, alegaram que ao estipular a cláusula, a Administração apenas teve a pretensão de que a motivação do recurso fosse de forma presencial, uma vez que o licitante estaria presente na sessão e que, após o recebimento da intenção de recorrer de forma regular, em sessão, não haveria nenhum impedimento para que fosse recebido de outra forma.

ANÁLISE

O item 10.1 do edital aduz:

10.1. Declarado o vencedor do certame, qualquer licitante poderá manifestar **imediate** e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 03 (três) dias para apresentação das razões do recurso. [...] (Grifo nosso)

O item 10.2 do edital aduz:

A falta de manifestação **imediate** e motivada da licitante importará na preclusão do direito de interpor recurso e adjudicação do objeto pela Pregoeira ao vencedor. (Grifo nosso)

O item 10.6, fl. 202, prevê:

10.6 – Não serão conhecidos os recursos interpostos, via fac-símile, e-mail ou fora dos respectivos prazos legais.

Diante da leitura dos itens transcritos, constata-se que a justificativa dos responsáveis é improcedente, uma vez que os itens 10.1 e 10.2 objetivaram apresentar ao licitante o único momento no qual a intenção e motivação de recorrer seriam aceitas, ou seja, no momento da sessão, após declarado o vencedor. Está claro que as razões do

C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



recurso é que não poderiam ser recebidas por fac-símile ou e-mail, pois seria inviável receber a intenção de recurso a não ser verbalmente, na hora da sessão.

Esta Unidade Técnica entende que os documentos podem 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, 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 fac-símile.

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.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



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”.⁴

Na Denúncia 932692/2014, 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

⁴ <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>



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



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 cobijado por fornecedores de outras localidades, muitas vezes distantes da sede do órgão licitante.

Por essa razão, considero irregular o edital quanto a esse ponto.”⁵

Pelo exposto, este Órgão Técnico se alia ao entendimento do Ministério Público de Contas, considerando que os recursos podem ser recebidos também por fac-símile e por e-mail.

3 CONCLUSÃO

Do exame da defesa de fls. 360/376, entende esta Unidade Técnica que as seguintes irregularidades permaneceram no Edital de Licitação do Pregão Presencial nº 001/2015, Processo Licitatório nº 005/2015:

- a) exigência de Certificado de Registro do Veículo em nome do licitante na fase de habilitação;**
- b) utilização do Sistema de Registro de Preços;**
- c) ausência de indicação de dotação orçamentária;**
- d) exigência de alvará de localização e funcionamento para habilitação;**
- e) ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e Justiça do Trabalho;**
- f) exigência de credenciamento para recebimento das propostas;**
- g) previsão de faixa de variação em relação ao preço de referência;**

⁵ <http://tconotas.tce.mg.gov.br/TCJuris/Nota/BuscarArquivo/1286338>
C:\inetpub\wwwroot\SGAP\TempFiles\fa4a15ae-8351-4131-bcb6-b3f6e415c636



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

*Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação*



h) não aceitação dos meios de envio das razões de recurso por fac-símile ou e-mail.

Entende ainda esta Unidade Técnica que, respeitados o contraditório e a ampla defesa, e considerando as irregularidades apontadas, pode ser aplicada multa nos termos regimentais ao Sr. Ozanam Oliveira de Farias, então Prefeito Municipal e autoridade homologadora (fls. 336), a Sr.^a Ana Farias de Andrade, Secretária Municipal de Educação e subscritora do Termo de Referência de fls. 113/125 e a Sr.^a Nilzete Maria da Silva, subscritora do edital (fls. 209).

À consideração superior,

DFME, CFEL, 22 de agosto de 2017.

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

João Batista de Araújo
Analista de Controle Externo
TC 2868-9