



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Processo nº: 1.007.661
Natureza: Denúncia
Relator: Conselheiro Gilberto Diniz
Denunciante: Rosilene Barbosa de Oliveira Gomes
Denunciada: Prefeitura Municipal de Ponto Chique
Edital: Pregão Presencial nº 022/2017

P A R E C E R

Excelentíssimo Senhor Conselheiro-Relator,

I. RELATÓRIO FÁTICO

Retornam os presentes autos que versam sobre **Denúncia** oferecida por *Rosilene Barbosa de Oliveira Gomes*, em face do **Procedimento Administrativo Licitatório nº 028/2017 – Pregão Presencial nº 022/2017**, deflagrado pelo Município de Ponto Chique, possuindo como objeto a contratação de empresas para prestação de serviços gráficos, confecção de placas e *banners* em geral.

Este representante do Ministério Público Especial, às fls. 258/262, opinou pela citação dos responsáveis, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentassem defesa, o que foi determinado pelo Conselheiro-Relator, fl. 263.

Em resposta, foram apresentados os documentos de fls. 268/275.

A Unidade Técnica elaborou o estudo de fls. 277/284.

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 **Processo Licitatório nº 028/2017 – Pregão Presencial nº 022/2017**, instaurado pelo Município de Ponto Chique, ora submetido ao crivo do Ministério Público de Contas por força de Denúncia formulada perante essa Egrégia Corte.

Sobre a função de controle externo e as competências conferidas ao Tribunal de Contas, a Magna Carta de 1988, assim como a Constituição do Estado de Minas Gerais, preconizam pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Abrangem, ainda, os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de atos capazes de gerar receita ou despesa pública.

No presente caso, os responsáveis foram citados e trouxeram aos autos os documentos de fls. 268/275, assegurando-se, dessa forma, os corolários constitucionais



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

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 aos **meios de interposição dos recursos e impugnações**.

De fato, os itens 04 e 12 do Edital trataram sobre a apresentação de impugnação e recursos pelos licitantes. Todavia, os subitens 4.3 e 12.4 se referiram ao protocolo dos recursos e impugnações apenas pessoalmente e pelo correio, excluindo a possibilidade de entrega via fax ou por e-mail.

Veja-se:

4. DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

[...]

4.3. Para validade e eficácia das **impugnações**, os instrumentos deverão ser protocolados em tempo hábil, junto ao Departamento de Licitações na Praça Santana, nº 242 – Centro – Ponto Chique – MG, **não se admitindo qualquer instrumento formalizado e enviado por meios eletrônicos (e-mail, fax ou outros meios eletrônicos)**, sendo facultado o direito do envio via correio, desde que o instrumento seja entregue pelo correio no prazo legal.

[...]

12. DOS RECURSOS NA FASE HABILITATÓRIA

[...]

12.4. Para validade e eficácia das **pretensas recursais**, os instrumentos deverão ser protocolados em tempo hábil, junto ao Departamento de Licitações na Praça Santana, nº 242 – Centro – Ponto Chique – MG, **não se admitindo qualquer instrumento formalizado e enviado por meios eletrônicos (e-mail, fax e/ou outros meios eletrônicos)**, sendo facultado o direito do envio via correio, desde que o instrumento seja entregue pelo correio no prazo legal. (Grifo nosso).

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

Não faz sentido, no mundo atual, a Administração rejeitar a possibilidade de uso pelos licitantes 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. (Grifo nosso).



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Acerca dessa matéria, observa-se que o Tribunal de Contas da União já enfrentou o tema, entendendo cabível também a apresentação do recurso via fax, com a remessa posterior do documento original:

[...] 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).

No mesmo sentido, quanto ao envio de impugnações e pedidos de informação pela via eletrônica:

[...] 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:

1) 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:

[...]

1) **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



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

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 omissivo 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. Concorde, 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).

Transcreve-se, ainda, o seguinte julgado do Colendo Tribunal de Contas da União, reconhecendo a restrição no recebimento de recursos administrativos em procedimento licitatório:

[...] VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de levantamento de auditoria realizado em cumprimento ao Acórdão nº 2.435/2010-Plenário,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

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).

Assim, restou caracterizada a referida ilegalidade no edital.

Na sequência, fica mantido o apontamento referente à **exigência indevida de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação**.

De acordo com o subitem 10.4, alínea “a”, do edital:

10. DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO

[...]

10.4. DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA (Art. 30):

a) **Alvará de Localização e Funcionamento válido**. (Grifo nosso).

Tal exigência na fase de habilitação se mostrou indevida para o objeto da licitação em tela, tendo em vista que o alvará de licença para localização e funcionamento não se encontra descrito no rol de documentos dos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, e nem no artigo 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/2002.

Sobre o tópico em questão, transcreve-se a decisão dessa Corte de Contas nos autos da Denúncia nº 862.389, Sessão da Segunda Câmara de 17/12/2013, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, *in litteris*.

[...] A Unidade Técnica entendeu que a exigência de alvará de funcionamento é excessiva, uma vez que a referida exigência não encontra respaldo no rol dos documentos previstos no art. 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/02, fls. 93/127, o que foi ratificado pelo Ministério Público de Contas às fls. 647/656.

Em sede de defesa, os responsáveis alegaram que “tal exigência não seria capaz de produzir qualquer cerceamento de participação ou tampouco favorecimentos, já que qualquer empresa regular possui o alvará de funcionamento e tal documento tem o condão de comprovar que o estabelecimento existe de fato e foi vistoriado pela vigilância sanitária, bombeiros, etc., estando, portanto, apto a comercializar o produto e/ou serviço objeto do seu contrato social”, fls. 671/689.

A Unidade Técnica e o *Parquet* de Contas ratificaram a irregularidade anteriormente apontada.



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

De fato, a exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de habilitação é excessiva, uma vez que esta não está prevista no rol dos documentos discriminados no art. 4º, XIII, Lei nº 10.520/02, afastando a participação dos potenciais interessados que não possuam de antemão a licença, mas tenham condições de providenciá-la na hipótese de serem declaradas vencedoras da licitação.

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

As exigências para habilitação não podem ser excessivas, desproporcionais ao objeto do futuro contrato, o que redundaria em afastamento artificioso e ilegal da licitação de pessoas e empresas efetivamente aptas a participarem dela, que poderiam oferecer excelentes propostas e cumprir a contento os termos do contrato. Exigências de habilitação demasiadas e impertinentes afetam os princípios da competitividade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nesse contexto, considero irregular o referido item.

[...]

Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes as denúncias, considerando irregulares (I) a exigência de apresentação de alvará de funcionamento para fins de comprovação da regularidade fiscal, (II) a exigência de que os produtos ofertados sejam de primeira linha e (III) a ausência do orçamento estimado em planilha de preços unitários no edital, nos termos da fundamentação, razão pela qual aplico aos Senhores [...], multa no valor de R\$3.000,00 (três mil reais) a cada responsável, sendo R\$1.000,00 (um mil reais) por irregularidade, a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal. [...] (Grifo nosso).

No mesmo sentido, a decisão monocrática do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, nos autos de nº 912.097, referendada na Sessão da Segunda Câmara de 27/02/2014, *in verbis*:

Em exame de cognição sumária do pregão denunciado, verifica-se que, além dos fatos denunciados, há ilegalidade no item 12.2.1 do edital, consubstanciada em exigir-se a apresentação de alvará de licença para localização e funcionamento como requisito de habilitação.

Não vejo empecilho legal com relação à exigência de alvará de licença para localização e funcionamento no momento da contratação, pois é instrumento do poder de polícia da municipalidade. Contudo, nem a Lei nº 8.666/93, nem a Lei nº 10.520/02, estabelecem que referido alvará pode ser exigível como documento de habilitação. A propósito, referidas leis exigem dos licitantes, para efeitos de habilitação, exclusivamente documentos relativos a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte entendimento jurisprudencial, *in verbis*:

A Administração Pública, para fins de habilitação, deve se ater ao rol dos documentos constantes dos arts. 28 a 31, não sendo lícito exigir outro documento ali não elencado. (TCU, Decisão n. 523/1997, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícius Vilela, DOU de 1/9/1997).

Verifico, portanto, transgressão ao art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/02, que não prevê o referido alvará de licença como requisito de habilitação. Outrossim, essa cláusula editalícia afronta o princípio da isonomia,



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

previsto no art. 5º da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 8.666/93, aplicável subsidiariamente ao pregão. Tal exigência também acarreta desvio do objetivo da licitação de obter a mais ampla competitividade possível, pois pode afastar da participação no certame possíveis licitantes que estavam em vias de obter referido alvará ou que mesmo desistiram de acudir ao certame em virtude dessa ilegal exigência editalícia. [...] (Grifo nosso).

Observa-se, assim, que a exigência de alvará de funcionamento deveria ter sido feita somente no momento da contratação do licitante a quem foi adjudicado o objeto, impondo-se o reconhecimento do vício apontado.

Dando continuidade, o instrumento convocatório em testilha vedou a **participação de empresas reunidas em consórcio** conforme se verifica no item 3.2, subitem 3.2.1 do Edital (fl. 70).

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 omissivo, 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 **imprecisão do Termo de Referência (Anexo I do Edital)**, fls. 92/101, apesar de não ter havido clareza na descrição de alguns itens do objeto, este Órgão Ministerial altera o entendimento anteriormente adotado e reconhece a procedência do raciocínio da Unidade Técnica, fl. 283-v, pois, a despeito de tal irregularidade apontada, não houve no certame nenhuma solicitação de esclarecimento acerca da descrição do objeto licitado, tampouco direcionamento ou má fé, e nem prejuízo para a Administração Pública. Assim, o apontamento pode ser objeto de recomendação ao gestor.

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 Municipal de Ponto Chique, **Sr. José Geraldo Alves de Almeida**, na qualidade de ordenador de despesa, seja **RECONHECIDA A IRREGULARIDADE** do



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

Processo Licitatório nº 028/2017 – Pregão Presencial nº 022/2017, 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 à Pregoeira da Prefeitura Municipal de Ponto Chique, **Sra. Fabianne Queiroz de Oliveira**, seja **JULGADO IRREGULAR** o **Processo Licitatório nº 028/2017 – Pregão Presencial nº 022/2017**, pela prática de ato ilegal;

c) Por consequência, **APLICADA A SANÇÃO PECUNIÁRIA** – **peçoal e individualmente** – ao Prefeito Municipal de Ponto Chique, **Sr. José Geraldo Alves de Almeida**, e à Pregoeira da Prefeitura Municipal de Ponto Chique, **Sra. Fabianne Queiroz de Oliveira**, no valor de **R\$2.000,00 (dois 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 Ponto Chique, **Sr. José Geraldo Alves de Almeida**, em analogia ao artigo 275, inciso III, da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), para que adote medidas de boa gestão pública, em especial:

- 1) passe a especificar expressamente nos editais de licitação os meios de impugnações e recursos, de forma abrangente, compreendendo, por exemplo, a entrega do documento original no setor de protocolo, remessa via internet, via postal 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;
- 2) passe a definir os objetos licitados de forma precisa, suficiente e adequada nos termos de referência anexos aos editais de licitação, de maneira a não direcionar e nem frustrar a competição;
- 3) abstenha-se de exigir dos licitantes interessados como condição de habilitação documentos não previstos nos artigos 27 a 31 da Lei federal nº 8.666/93, e no artigo 4º, inciso XIII, da Lei federal nº 10.520/2002, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes;
- 4) passe a apresentar em futuros procedimentos licitatórios a justificativa quanto à vedação ou autorização da participação de consórcios.

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Gabinete do Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello

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, 25 de agosto de 2017.

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