

AUTOS DO PROCESSO DE DENÚNCIA N. 896.629 - 2013 (PILOTO)

AUTOS DO PROCESSO DE EDITAL DE LICITAÇÃO N. 898.313 – 2013 (APENSO)

AUTOS DO PROCESSO DE RECURSO ORDINÁRIO N. 1.046.739 – 2018 (APENSO)

1. Relatório

Tratam os autos de Recurso Ordinário apresentado a este Tribunal de Contas por Evanderson Xavier, ex-Prefeito Municipal de Cambuquira (gestão 2009/2012 e 2013/2016), e Édio Soares da Cunha, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da prefeitura municipal de Cambuquira, em face do acórdão prolatado pela Primeira Câmara nos autos da Denúncia 896.629, na sessão de 24/4/18, que, ao apreciá-lo: I) julgou parcialmente procedente a denúncia, e declarou a extinção do processo, com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil; II) aplicou multa ao Sr. Evanderson Xavier, Prefeito Municipal à época, e ao Sr. Édio Soares da Cunha, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para cada um dos responsáveis, nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, sendo R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada uma das seguintes irregularidades: 1. Pela estipulação de data e horário único para realização de visita técnica, por restringir a ampla competitividade, incidindo em prática vedada pelo art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93; 2. Pela exigência de CNAE, por afrontar o disposto nos art. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93; 3. Pela inadmissibilidade do envio de propostas via Correios, dissonante do art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93; III) excluiu a Sra. Marília de Vilhena Lemes da Silva do rol de responsáveis, uma vez que essa Pregoeira assinou apenas o Anexo I e as irregularidades passíveis de multa constantes nos autos são intrínsecas à elaboração e ao Edital; IV) recomendou que a Administração Municipal observasse, nos seus futuros editais, as ocorrências listadas na fundamentação do inteiro teor desta decisão, para que não houvesse reincidência; V) determinou a intimação dos responsáveis e do atual gestor do inteiro teor desta decisão, pelo D.O.C. e por via postal, nos termos regimentais; VI) determinou o arquivamento dos autos, após o trânsito em julgado e o cumprimento dos trâmites regimentais, nos termos do art. 196, § 2º, c/c art. 176, I, do Regimento Interno.

Recebida a documentação referente ao recurso, fl. 01 a 12, a mesma foi protocolizada sob o n. 42.644-10/2018. Na sequência, a Coordenadoria de Protocolo e Triagem, após o apensamento dos autos ao processo n. 896.629 e em cumprimento ao disposto no artigo 327 do Regimento Interno (fl. 14), procedeu à distribuição do presente feito, que recaiu sob a relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila (fl. 15).

Foi juntada a certidão recursal emitida pela Secretaria do Pleno, dando conta da decisão proferida nos autos relacionados, n. 896.629, e da autuação como Recurso Ordinário da documentação que vem compor os presentes autos. Certificou, ainda, que o presente pedido não é renovação de anterior (fl.16).

O Relator, ao exercer o juízo de admissibilidade do recurso, prolatou a seguinte decisão (fl. 11):

“Considerando os termos contidos na certidão de fl. 16, admito o Recurso Ordinário, uma vez que próprio, tempestivo e os recorrentes, partes legítimas, preenchendo, portanto, os requisitos insculpidos no art. 335 do RITCEMG.
”

Na sequência, o Relator, de acordo com a previsão do *caput* do art. 336 do Regimento Interno desta Corte, determinou que esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL – manifestasse, no prazo de 15 dias e, em seguida, encaminhasse os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

É o relatório. Passa-se à análise.

2. Do recurso face às irregularidades apontadas no Acórdão da Primeira Câmara.

2.1 – Designação de data e hora única para a realização de visita técnica

A decisão ora recorrida, foi assim redigida:

(...)

“Conforme assentado pela análise técnica, consta no preâmbulo do Edital e do item XII que os interessados deveriam realizar visita técnica obrigatória no dia 1/8/2013 às 9:00h.

Em manifestação inicial, a CAEL, fl. 38/40, entendeu que a necessidade de visita técnica em data e hora únicos seria restritiva.

De forma a justificar, assim se manifestaram os responsáveis à fl. 121:

A exigência de designação de data e hora para a realização de visita técnica decorreu da necessidade de melhor organizar a realização da mesma, tendo em vista que demandaria tempo necessário para visitar e percorrer todos os itinerários, de forma que os licitantes pudessem averiguar no trajeto as condições em que os serviços seriam prestados. A visita técnica deveria ser realizada na companhia de um servidor público municipal, o qual ficou disponível das empresas interessadas para apresentar os locais de prestação de serviços. Deixar a realização das visitas sem o horário marcado implicaria em dificuldade na realização da mesma, pois poderia gerar até mesmo desencontro entre as licitantes e por isso dificuldade na realização da visita.

Ainda em sede de defesa, ressaltou-se que a visita técnica constou no edital de forma a permitir a obtenção das exatas informações para execução dos serviços e elaboração de propostas.

Esse instituto é previsto pela Lei Federal n. 8.666/93, em seu artigo 30, inciso III, que assim dispõe:

*Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:
[...]*

III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

Retornados os autos para análise técnica, restou mantido o entendimento inicial.

Não obstante não constar nos requisitos de qualificação técnica previstos no edital a apresentação de Atestado de Visita Técnica, tem-se como obrigatória a realização de visita técnica.

Tenho entendido que a Administração não pode impor obrigações que restrinjam a competitividade do certame, razão pela qual deverá estipular prazo razoável para realização da visita, e não aquela estipulada em data e hora únicas.

Assim, constato a ocorrência de irregularidade relativa ao prazo único estabelecido pela Administração Municipal para realização de visita técnica.

Além disso, objetivando afastar possíveis restrições a competitividade em procedimentos futuros, entendo cabível recomendar ao atual gestor que amplie as oportunidades para realização de visita técnica. ”

Inconformado com a decisão retro mencionada, mediante este Recurso Ordinário, os Recorrentes alegaram, sucintamente, que

“[...] a visita técnica constou do edital exatamente para permitir a obtenção das exatas informações para execução dos serviços e elaboração da proposta, tais como: a quilometragem a ser percorrida, tipo de estradas de cada percurso, quantidade de alunos a ser transportados por percurso, tipo de veículo a ser utilizado na linha, horários de saída e chegada, pontos de paradas, gastos com combustíveis e outras que julgarem necessárias. ” “A opção por um único dia se deu, pela dificuldade em se realizar em várias oportunidades o acompanhamento dos interessados, dada a realidade de deslocamentos em todo o Município em várias estradas vicinais. ” ” [...] não fora levado em consideração na decisão que a característica da visita neste caso era extremamente peculiar, vez que rodar em todas as rotas por onde seriam realizados os transportes escolares, é que propiciou a fixação da visita em data única, inclusive por medida de economia para os cofres municipais. ” “[...] o caso concreto comporta dizer que não é razoável marcar a visita em vários dias para percorrer todas as estradas vicinais do município de Cambuquira por onde são realizados os serviços de transporte escolar. ”

Análise

De início, vale ressaltar o entendimento desta Casa acerca da visita técnica. Para tanto, podemos citar acórdão que vedou “ [...] a exigência de visitas técnicas das quais resultem em ônus desnecessário aos particulares e importem restrição injustificada à competitividade do certame [...]”, como no acórdão TCEMG n. 896.600/2018, Primeira Câmara, 13ª Sessão Ordinária de 22/05/2018, Rel. Cons. Mauri Torres, DOC de 05/06/2018.¹

No exame do Recurso Ordinário em tela, entendemos que a prerrogativa da Administração Pública de exigir a visita técnica decorre do disposto no inciso III do art. 30 da Lei 8.666/93, que foi assim redigido:

*“a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:
(...)”*

¹ TCEMG n. 888.144/2018, Primeira Câmara, 9ª Sessão Ordinária de 10/04/2018, Rel. Cons. Mauri Torres, DOC de 07/05/2018; TCEMG n. 958.250/2017, Segunda Câmara, 26ª Sessão Ordinária de 14/09/2017, Rel. Cons. Gilberto Diniz, DOC de 11/10/2017.

III – comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação”.

Desse dispositivo, depreende-se que a visita técnica é um instrumento legítimo de que dispõe a Administração Pública para que ela possa se certificar que o licitante teve o conhecimento prévio das condições do local em que prestará o serviço e para que possa se precaver de reclamações futuras e de pedidos de aditivos contratuais, com fundamento na ampliação do objeto em razão de seu desconhecimento.

No entanto, o exercício dessa prerrogativa pela Administração Pública não pode frustrar os objetivos legais da licitação, dentre eles, a isonomia entre os licitantes.

O edital em comento, ao prescrever no seu item 5.5 (fl. 8) que as visitas técnicas deveriam acontecer no dia 29.11.2010, de 09:00 h às 16:30 h, introduziu cláusula com potencial restritivo à participação de eventuais interessados no certame. Essa cláusula, como apontado pelo Ministério Público de Contas, “[...] não encontra amparo legal e, além disso, representa restrição à competitividade do certame. ”

Observe que potenciais licitantes interessados no certame e em condições de participar podem ter sido afastados em razão da restrição de dia e de horário para que se realizasse a visita técnica.

Dentro desse contexto, podemos antever que as empresas mais prejudicadas seriam aquelas que se localizam fora do município, pois a restrição de horário poderia, em tese, inviabilizar a sua participação, restringindo, assim, a competitividade.

Tal regra editalícia vai de encontro ao disposto no art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8.666/93, que veda aos agentes públicos a inclusão de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.²

A consultoria Zênite, em estudo publicado³ em seu *blog*, ao discorrer sobre o tema “visita técnica”, explicitou (1) que a Lei 8.666/93 as autoriza em seu art. 30, inciso II; (2) que é

² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

preciso reconhecer que a referida exigência limita o universo de competidores, uma vez que acarreta ônus excessivo aos interessados que se encontram em localidades distantes do local estipulado para o cumprimento do objeto; (3) que é imprescindível a demonstração da indispensabilidade de sua realização para a perfeita execução do contrato; (4) que, quando restar caracterizada a imprescindibilidade da visita técnica, o TCU tem determinado a observância de algumas cautelas pelos entes licitantes, de modo a não restringir indevidamente o caráter competitivo do certame, tal como evitar “a exigência de que as licitantes realizem visita técnica obrigatória em um único dia e horário”⁴; (5) que segundo a Corte de Contas, o fato da exigência de visita técnica ser em um único dia e horário torna prejudicial a obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, uma vez que possibilita que as empresas tomem conhecimento de quantos e quais são os participantes do certame; (6) quando necessária a visita técnica, o TCU tem expedido determinações no sentido de que a Administração “estabeleça prazo adequado para a sua realização, tanto para evitar que os potenciais licitantes tomem conhecimento prévio do universo de concorrentes através de reunião no mesmo local e horário, como para assegurar que os possíveis interessados ainda contem, após a realização da visita, com tempo hábil para a finalização de suas propostas.”⁵; (7) concluiu que o TCU admite, em casos excepcionais, que a visita técnica seja exigida como critério de habilitação, no entanto essa condição deve ser ponderada a luz do art. 3º da Lei de Licitações e do art. 37, inc. XXI da Constituição Federal. Em face desses dispositivos, a exigência somente será legítima quando essencial para o cumprimento adequado das obrigações contratuais, sendo pertinente a criteriosa avaliação dos moldes em que a vistoria será realizada, de modo a evitar a restrição indevida ao caráter competitivo do certame.

Por todo o exposto, considerando que o ato convocatório limitou a realização da visita técnica a uma única data (01/08/2013), sendo que os interessados somente poderiam realizá-la às 09h30min, entendemos que as razões recursais não tiveram o condão de afastar a presente irregularidade, sendo, portanto, improcedentes.

2.2 – Da exigência da Classificação Nacional de Atividade Econômica - CNAE

³ <https://www.zenite.blog.br/visita-tecnica-ponderacoes-do-tcu/> em 14/6/2018

⁴ TCU, Acórdão nº906/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, DOU de 23.04.2012

⁵ TCU, Acórdão nº906/2012, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, DOU de 23.04.2012

A decisão ora recorrida, foi assim redigida:

(...)

“Conforme relata a Unidade Técnica, fl. 42/46, prever que as licitantes tenham de apresentar para fins de qualificação técnica o Cadastro Nacional de Atividade Econômica – CNAE relativo ao exercício da atividade de transporte escolar contraria o disposto no art. 30 da Lei n. 8.666/93:

No caso em exame, exige a Administração para fins de qualificação técnica visita técnica obrigatória e “atestado de capacidade técnica que demonstre a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação”, consoante o subitem 5.3.14 do edital, comprovações suficientes à garantia da obrigação, se somada às de qualificação econômico-financeira.

A propósito, não poderia passar a despercebido que o CNAE é uma classificação que guarda relação direta com o objeto social da sociedade empresarial. E ainda que não conste do objeto social dessa sociedade a atividade “transporte escolar”, o que significa dizer que o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ certamente não contemplaria o CNAE exigido no subitem 5.3.13 do edital, esse fato não constitui impedimento à participação e habilitação no certame.

Justificando a inclusão do subitem 5.3.13 – qualificação técnica, exigindo que as empresas participantes tenham em seu rol de atividades o transporte escolar, a ser comprovado pelo CNAE n. 4924-8/00, – os responsáveis alegaram que isso se justifica pela necessidade de contratar empresa especializada, com condições técnicas e experiência no ramo.

Na peça de defesa, fl. 134, entendem que a exigência de que o licitante tenha realmente como atividade o transporte escolar encontra amparo no inciso IV do art. 30, ressaltando o seguinte trecho: “(...) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso”.

Concluiu a Unidade Técnica que restou configurada irregularidade, sob argumento que a exigência do Cadastro Nacional de Atividade Econômica – CNAE, prevista no subitem 5.3.13, não está arrolada no art. 30 da Lei n. 8.666/93, além de impedir a qualificação de empresas que eventualmente possam vir apresentar experiência para executar o contrato a ser firmado e não serem cadastradas na Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O TCU vem entendendo, para as licitações:

Ao inserir exigências de qualificação técnica, consigne os motivos de tais exigências e atente para que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações,

de modo a atender o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como o art. 30 da Lei n.º 8.666/93. (Acórdão 1390/2005 – Segunda Câmara)

O rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes é taxativo, não sendo possível, portanto, exigir outros documentos além daqueles elencados nos art. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93.

Consta no sítio eletrônico da Receita Federal que o CNAE é um instrumento de padronização nacional dos códigos de atividade econômica e dos critérios de enquadramento utilizados pelos órgãos da Administração Tributária no país, e, ainda, que é um código a ser informado na Ficha Cadastral de Pessoa Jurídica (FCPJ) que alimentará o CNPJ.

Assim, devido ao caráter fiscal do documento, tenho que a referida cláusula é restritiva, uma vez que outras empresas que prestam serviços da mesma natureza, mas não possuem cadastro no CNAE como atividade principal, seriam excluídas do procedimento licitatório, razão pela qual julgo procedente este apontamento de irregularidade.”

Inconformados com a decisão retro mencionada, mediante este Recurso Ordinário, alegaram os Recorrentes, sucintamente, que “[...], estabelece o Inciso IV do art. 30 que a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, [...].” e que no presente caso “A lei especial [...] é a tabela de códigos e denominações da CNAE oficializada mediante publicação no DOU – Resoluções IBGE/CONCLOA nº 01 de 04 de setembro de 2006 e nº 02, de 15 de dezembro de 2006, com base na competência atribuída pelo Decreto Federal nº 3.500, de 9 de junho de 2000.”

Concluiu que “não há nos autos qualquer indício de que tal exigência tenha afetado a ampla concorrência, tanto que a denúncia apresentada diz de violação desta em relação a participação de microempresa e empresa de pequeno porte e não em relação a exigência do CNAE.”

Análise

De início, já podemos afirmar que essa exigência é ilegal, tendo em vista o disposto no art. 30 da Lei 8.666/93 que fora assim redigido:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10 Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-operacional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 11. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 12. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Analizando o presente caso, frente ao disposto no artigo 30 da Lei 8.666/93, verificamos que a exigência da Classificação Nacional de Atividade Econômica - CNAE, vai de encontro ao nele disposto. Tal dispositivo, em seu inciso I, permite apenas a exigência de registro ou inscrição na entidade profissional competente.

A razão de ser dessa limitação advém dos princípios da isonomia e da impessoalidade, que visam tratamentos equivalentes aos licitantes, isentos qualquer tipo de subjetividade, tudo isso para que se possa alcançar os objetivos últimos da licitação que são a

franquia de igualdade de oportunidade de participação do certame a todos que preencham os requisitos legais e a obtenção da melhor contratação pela Administração Pública. Caso contrário ter-se-ia um cenário de restrição à participação com todos os seus efeitos danosos.

O rol de documentos constante nos incisos do art. 30 da Lei de Licitações é taxativo, o que restringe as hipóteses de exigências que podem ser feitas para fins de qualificação técnica na fase de habilitação na licitação e dele não consta a exigência da Classificação Nacional de Atividade Econômica - CNAE.

Quanto ao argumento de que “[...], estabelece o Inciso IV do art. 30 que a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, [...]” e que no presente caso “A lei especial [...] é a tabela de códigos e denominações da CNAE oficializada mediante publicação no DOU – Resoluções IBGE/CONCLOA nº 01 de 04 de setembro de 2006 e nº 02, de 15 de dezembro de 2006, com base na competência atribuída pelo Decreto Federal nº 3.500, de 9 de junho de 2000.”, alertamos que o comando legal em tela exige lei específica e a legislação na qual estaria o direito dos Recorrentes, trata-se de uma resolução que não pode ser tida como uma lei propriamente dita. Relembramos que somente se considera como lei o ato estatal que é uma regra geral, obrigatória, abstrata e inovadora do direito positivo. As resoluções são atos estatais, da espécie ato administrativo, da subespécie atos normativos, que não se prestam a inovar o direito positivo, apenas o regulamentam ou especificam detalhes para o fiel cumprimento da lei, que no caso é a Lei nº 8.666/93, sendo o diploma legal destinado à regulamentar o comando constitucional referente à edição de normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto a alegação de que “*não há nos autos qualquer indício de que tal exigência tenha afetado a ampla concorrência, tanto que a denúncia apresentada diz de violação desta em relação a participação de microempresa e empresa de pequeno porte e não em relação a exigência do CNAE*”, observamos que, mesmo assim, potenciais licitantes interessados no certame e em condições de participar podem ter sido afastados em razão da exigência do CNAE. Esta é uma possibilidade que não se pode mensurar, porém ela é latente, possível, iminente e pode a qualquer momento eclodir, tornando-se realidade.

Pelo exposto, concluímos que não procedem essas alegações recursais.

2.3 – Da inadmissibilidade do envio de propostas via correio.

A decisão ora recorrida, foi assim redigida:

“Consta no subitem 13.5 do Edital que “não serão admitidas propostas enviadas por correio, fax ou e-mail, e protocoladas fora do horário previsto, salvo justificado, a critério da Comissão”.

Aduz a Unidade Técnica que o referido dispositivo é irregular por contrariar expressamente o art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666/93, impondo a presença de um representante da empresa na sede da Prefeitura.

Em sede de justificativa, alegaram os responsáveis que houve uma incorreta redação do edital, uma vez que pretendeu-se limitar o envio de propostas pelo correio, fax ou e-mail quando fora do horário previsto para o recebimento dos envelopes:

A Administração Municipal de Cambuquira, por seu setor de compras vem recebendo corretamente as propostas mesmo quando enviadas pelo correio. Mas, se eventualmente tais envelopes forem recebidos fora do prazo marcado para o recebimento presencial dos envelopes, os mesmos não serão considerados (...).

Na peça de defesa, os responsáveis salientaram que a cláusula apenas impõe que o licitante esteja presente na sessão da licitação, ou que entregue os envelopes à Comissão Permanente de Licitação.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União – TCU, assim se manifestou:

O edital não pode conter restrições ao caráter competitivo do certame, tais como a proibição do envio de documentos via postal; (...) (Acórdão n. 1522/2006, Plenário, rel. Min. Valmir Campelo).

E também essa Corte, pela ilegalidade da restrição do envio de documentos via postal ou fac-símile, nos autos n. 719823, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, na sessão do dia 09/01/2007, nos seguintes termos: “O item do Edital em exame, ao vedar a remessa de documentação e proposta via postal ou fac-símile, contraria o princípio da ampla competitividade.”

Assim, ao limitar a forma de envio das propostas, excluindo o envio via Correios, entendo que a Administração Pública restringiu a participação de interessados, ferindo, portanto, a ampla competitividade, razão pela qual dou procedência à irregularidade em análise.

Recomendo, ainda, aos atuais gestores que, nas próximas licitações, inclua nos editais outras formas de entrega das propostas comerciais e dos documentos de habilitação, além da presencial, a fim de assegurar o caráter competitivo do certame e o respeito aos princípios aplicáveis à Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição da República e no art. 3º da Lei n. 8.666/93, bem como o estabelecido no inciso VI do art. 40, da Lei de Licitações

Inconformados com a decisão retro mencionada, mediante este Recurso Ordinário, alegaram os Recorrentes, sucintamente, que

“[...], a previsão tratada no subitem 13.5 do edital não estabelece preferência ou distinção em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, mas tão somente impõe que o licitante esteja presente na sessão da

licitação, ou que entregue diretamente os envelopes à Comissão Permanente de Licitação. Não havendo aqui também qualquer indício que tanto tenha afetado o princípio da ampla concorrência. ”

Análise

No caso em tela, verifica-se, em princípio, que a opção pela inadmissibilidade do envio de propostas via correio, cerceia indevidamente a concorrência, excluindo da participação possíveis interessados, em flagrante desrespeito ao princípio da legalidade.

Nesse contexto, constata-se que a administração municipal, em tese, violou vários dispositivos legais, principalmente as disposições contidas no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Insta registrar que a Administração ao estabelecer no subitem 13.5 do Edital que “não serão admitidas propostas enviadas por correio, fax ou e-mail, e protocoladas fora do horário previsto, salvo justificado, a critério da Comissão” não levou em consideração a localização geográfica de alguns dos possíveis licitantes. Com essa exigência de inadmissibilidade do envio de propostas via correio, nem todos os interessados teriam condições de atender a cláusula editalícia, o que representa afronta ao art.3, §1º, I, da Lei nº 8.666/93, citado alhures.

Esse preceito da Lei Nacional de Licitação está iluminado por diversas normas da Constituição Federal que vedam injustificado tratamento discriminatório entre brasileiros em afronta ao princípio da igualdade. Nesse sentido, o capítulo dos direitos fundamentais é apresentado pelo emblemático *caput* do artigo 5º, segundo o qual “Todos são **iguais** perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade [...]”. A Constituição ainda projeta a igualdade em preceito especificamente associado às licitações, ao dispor em seu art. 37, XXI que:

Art. 37[...]

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. (grifou-se)

A proteção a igualdade – inclusive entre quem concorre para contratar com a Administração Pública – é reforçada pelo art. 19, III, da Constituição, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Assim, também fere sobredito preceito constitucional o combatido subitem 13.5 do Edital de Licitação – Processo n. 061/2013, Tomada de Preços n. 004/2013, que inadmite o envio de propostas via correio, instrumento de tratamento discriminatório entre licitantes ou, sob outra perspectiva, que estabelece injusta preferência a prestadores locais do serviço de transporte.

Pelo exposto, concluímos que não procedem essas alegações recursais.

2.4 – Do descabimento da multa, violação ao art. 71, VIII, da Constituição da República.

A decisão ora recorrida, foi assim redigida:

Pelo exposto na fundamentação, voto pela extinção do processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, pela procedência parcial da denúncia, com a consequente aplicação de multa no valor de **R\$ 1.500,00** (hum mil e quinhentos reais), para cada um dos responsáveis - Sr. **Evanderson Xavier**, Prefeito Municipal à época e do Sr. **Édio Soares da Cunha**, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, sendo fixada a monta de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada irregularidade, nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, em razão das seguintes irregularidades:

1. Pela estipulação de data e horário único para realização de visita técnica, por restringir a ampla competitividade, incidindo em prática vedada pelo art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666/93;
2. Pela exigência de CNAE, por afrontar o disposto nos art. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93;
3. Pela inadmissibilidade do envio de propostas via Correios, dissonante do art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666/93.

Inconformados com a decisão retro mencionada, mediante este Recurso Ordinário, alegaram os Recorrentes, sucintamente, que, em razão do disposto no inciso VIII do art. 71 da Constituição da República de 1988, que prevê a possibilidade de aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, não pode haver outro entendimento senão que, em não havendo comprovação de dano ao erário, não é cabível a aplicação de multa.

Análise

A decisão de aplicação de multa aos responsáveis decorreu da constatação de irregularidades e fora fundamentada nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008. Esse dispositivo está inserido no Título IV (Das Sanções e das Medidas Cautelares), Capítulo I, (Das Sanções) da Lei Orgânica desta Corte.

Logo em seu art. 83 estão previstas as sanções que o Tribunal poderá aplicar ao constatar irregularidade ou descumprimento de obrigação por ele determinada em processo de sua competência, dentre as quais está a multa.

O art. 84 dispõe que a multa será aplicada, de forma individual, a cada agente que tiver concorrido para o fato, sendo o pagamento da multa de responsabilidade pessoal dos infratores.

Já o art. 85 estabelece que o Tribunal poderá aplicar multa de até R\$58.826,89⁶ (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos) aos responsáveis pelas contas e pelos atos e percentuais nele indicados. O presente caso está enquadrado no inciso II do art. 85, ou seja, poderá ser aplicada multa de até 100% (cem por cento), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

O art. 86 trata da hipótese de apuração de prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário que, independentemente do ressarcimento, poderá o Tribunal aplicar ao responsável multa de até 100% (cem por cento) do valor atualizado do dano.

⁶ PORTARIA Nº 16/PRES./16

Vê-se nesse momento da análise que há a possibilidade de aplicação de multa por infração a norma legal e/ou por dano ao erário, o que joga por terra a tese defendida pelos recorrentes de que somente pode ser aplicada multa em razão da constatação de danos ao erário.

Por todo o exposto, entendemos que as razões apresentadas pelos Recorrentes não têm o condão de afastar a multa que a eles aplicada.

2.5 – Da violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A decisão de aplicação de multa foi assim proferida:

“**II**) aplicar multa ao Sr. Evanderson Xavier, Prefeito Municipal à época, e ao Sr. Édio Soares da Cunha, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) para cada um dos responsáveis, nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, sendo R\$ 500,00 (quinhentos reais) por cada uma das seguintes irregularidades: **1.** Pela estipulação de data e horário único para realização de visita técnica, por restringir a ampla competitividade, incidindo em prática vedada pelo art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93; **2.** Pela exigência de CNAE, por afrontar o disposto nos art. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93; **3.** Pela inadmissibilidade do envio de propostas via Correios, dissonante do art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666/93;”

Alegam os recorrentes, sucintamente, que “[...] *não há razoabilidade na decisão que aplica aos recorrentes a multa de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para cada um dos responsáveis, não podendo prevalecer.*

Análise

Há que se esclarecer que a multa de R\$1.500,0 (mil e quinhentos reais) foi aplicada a cada um dos responsáveis em razão da verificação de 3 (três) irregularidades apuradas nos autos, quais sejam, pela estipulação de data e horário único para realização de visita técnica, por restringir a ampla competitividade, incidindo em prática vedada pelo art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93; pela exigência de CNAE, por afrontar o disposto nos art. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93; e pela inadmissibilidade do envio de propostas via correios, dissonante do art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666/93.

Essas irregularidades estão dentro das hipóteses previstas no art. 83 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas⁷ e foram aplicadas de forma individual, a cada agente que concorreu para o fato, conforme previsto no art. 84 do mesmo diploma legal.

Quanto aos valores chamamos a atenção para o fato de que foram estabelecidos no percentual aproximado de 2,54% do valor máximo que poderia ter sido aplicado, R\$58.826,89⁸ (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), o que demonstra que estão dentro de um patamar bastante razoável e proporcional em relação à gravidade das irregularidades e ao valor máximo que poderia ter sido aplicado.

Com esses argumentos, entendemos que não procedem as alegações dos recorrentes quanto a este item.

3. Conclusão

Por todo o exposto, este Órgão Técnico, *s.m.j.*, entende que as razões recursais não tiveram o condão de afastar as irregularidades, sendo, portanto, improcedentes.

À consideração superior,

DFME/CFEL, em 12 de julho de 2018.

Filipe Eugênio Maia Ballstaedt
Analista de Controle Externo
TC- 1457-2

⁷ Lei Complementar n. 102 de 17/01/08.

⁸ PORTARIA Nº 16/PRES./16