

AUTOS DO PROCESSO Nº 1072520- 2019 (Denúncia)

1. DA IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de denúncia formulada pela Freitas e Morais Construtora Ltda., em face do Processo Licitatório nº 004/2019, Concorrência Pública nº 001/2019 (sistema de registro de preços), deflagrado pelo Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento Sustentável do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba – CIDES, tendo como objeto a contratação de empresa especializada em redes de distribuição de energia para execução de modificação da rede, substituição e ampliação do parque de iluminação pública dos municípios integrantes do referido consórcio, incluindo o fornecimento de materiais, mão de obra, equipamentos e ferramentas necessários à execução dos serviços.

O valor estimado para a contratação é de R\$ R\$ 44.281.557,16 (quarenta e quatro milhões, duzentos e oitenta e um mil, quinhentos e cinquenta e sete reais e oitenta e dezesseis centavos), fl. 62.

2. DOS FATOS, DA FUNDAMENTAÇÃO E DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

Em cumprimento ao despacho do Conselheiro Relator, fl. 736, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, fls. 737/743, realizou a análise da denúncia e da documentação acostada aos autos quanto à matéria afeta à sua competência, quais sejam:

- 1) incompatibilidade do objeto com o sistema de registro de preços;
- 2) superestimativa dos quantitativos do edital, o que pode ocasionar desperdícios e contratações desnecessárias e interferir nas cláusulas e requisitos de habilitação, restringindo o caráter competitivo do certame;
- 3) ausência de estudos técnicos preliminares para a definição dos quantitativos estimados de serviços, em afronta aos art. 6º e 7º da Lei n. 8.666/93.

Além das irregularidades analisadas pela 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, a empresa denunciante também apontou irregularidade na vedação de participação de consórcios.

Na análise da 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia, houve o entendimento de que o edital de licitação é irregular, “podendo este tribunal determinar a suspensão cautelar e a devida correção do mesmo”.

O Conselheiro Relator se manifestou, fls. 745/747-v:

Em cumprimento ao despacho de fl. 736, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia - 1ª Cfose elaborou o estudo de fls. 737/744 e concluiu pela existência de irregularidades que poderiam comprometer e restringir o procedimento licitatório em comento, razão pela qual opinou pela suspensão do certame e pela realização de correções.

Decisão

Inicialmente, em pesquisa ao portal eletrônico¹ do Cides¹, verifiquei que o Procedimento Licitatório n. 4/2019, Concorrência Pública n. 1/2019, ainda se encontra na execução da fase externa, tendo a empresa Ribeiro Barroso Construções Elétricas Ltda. apresentado contrarrazões recursais em 28/8/2019.

1 < <https://cides.com.br/licitacoes-2019/> > acesso em 29ago2019

A 1ª Cfose, analisando os apontamentos iniciais, concluiu, às fls. 737/744, [...]

[...]

Diante desse quadro, em cognição sumária, entendo presente a plausibilidade jurídica necessária à concessão do provimento cautelar.

Quanto ao requisito do *periculum in mora*, do mesmo modo, entendo-o também existente, em face do potencial risco de dano ao erário decorrente da demonstrada restrição à competitividade no certame, notadamente com relação às empresas de menor porte, além do risco de prejuízo à efetiva prestação dos serviços de iluminação pública, o qual possui caráter continuado e essencial.

Assim, presentes os requisitos inerentes, **concedo** a medida cautelar de suspensão do certame.

Diante do exposto, determino, nos termos do art. 60 da Lei Orgânica e do art. 264 c/c o art. 197 do RITCEMG, a suspensão cautelar do Procedimento Licitatório n. 4/2019, Concorrência Pública n. 1/2019, *ad referendum* da Segunda Câmara, na fase em que se encontra, sob pena de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais), consoante art. 90 da Lei Orgânica, sem prejuízo da adoção de outras medidas legais cabíveis.

Fixo o prazo de 5 (cinco) dias para que o Presidente da Comissão Especial de Licitação, Sr. Alexandre de Souza Paiva, e o Presidente do Cides, Sr. Lindomar Amaro Borges, comprovem, nos autos, a adoção da medida ordenada, mediante publicação do ato de suspensão do procedimento licitatório.

Em caso de revogação ou anulação do certame, determino que se faça comunicação a este Tribunal de Contas a respeito, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, comprovando-se a publicidade do respectivo ato.

Intimem-se os responsáveis, em **caráter de urgência**, do teor desta decisão, nos termos do art. 166, § 1º, I e VI, do Regimento Interno.

Intime-se, ainda, a denunciante, na forma regimental.

Em seguida, efetivem-se os trâmites necessários à submissão desta decisão à egrégia 2ª Câmara deste Tribunal para referendo e, após a elaboração das respectivas notas taquigráficas e da juntada da manifestação dos responsáveis, remetam-se os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel para análise técnica complementar, com a urgência que o caso demanda, observando-se o prazo previsto no art. 96, § 3º da Lei Orgânica do TCEMG.

Em seguida, ao Ministério Público de Contas para parecer preliminar à citação.

A Segunda Câmara referendou a medida cautelar de suspensão do certame, fls. 756/762.

O Sr. Lindomar Amaro Borges, Presidente do CIDES, fls. 764/765, e o Sr. Alexandro de Souza Paiva, Presidente da Comissão Especial de Licitação do CIDES, fls. 766/767, encaminharam as publicações referentes à suspensão do Processo Licitatório nº 004/2019, Concorrência Pública nº 001/2019, fls. 768/772.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica passa à análise da denúncia em relação ao apontamento “vedação de participação de consórcio”, em cumprimento ao despacho do Conselheiro Relator, fls. 745/747-v.

3. DA DENÚNCIA

3.1. Da vedação à participação de consórcios

A denunciante, fls. 11/14, alega que o edital trouxe cláusula restritiva ao impor a vedação à participação empresas reunidas em consórcio na licitação, uma vez que não existe no mercado número suficiente de empresas com potencial técnico para cumprir o objeto. Para ela, a participação de empresas em consórcio possibilitaria que empresas que não possuem sozinhas os requisitos possam atender o objeto a ser licitado.

A denunciante salienta que “a opção da Administração por vedar ou permitir a participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a

conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, devendo ser assegurada no caso concreto a ampla competitividade no certame”.

Entende também que a participação de empresas reunidas em consórcio é obrigatória quando é impossível parcelar o objeto, devido à restrição do universo de participantes no certame, e colacionou excerto de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como Acórdão nº 2993/2009 TCU.

Cita o art. 50 da Lei Federal nº 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, que aduz que “os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”.

Conclui:

Indevida assim a vedação sem a devida fundamentação relativamente à participação de empresas em consórcios, nos termos em que disposto no edital licitatório ora analisado. Além disso, tendo em vista a complexidade da licitação, a vedação à constituição de consórcio restringe a participação/competição. (Grifos do texto original)

ANÁLISE

O Sr. Lindomar Amaro Borges, Presidente do CIDES, fls. 185/187, prestou o seguinte esclarecimento quanto ao apontamento:

5) DAS ALEGAÇÕES DA VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIOS:

Quando a IMPUGNANTE questiona sobre a vedação à participação de empresas em consórcio no certame, faz-se importante reforçar que tal permissão é ato discricionário da Administração. Fazendo-se valer desta liberdade de ação administrativa, a Administração, conforme consta de motivação apresentada em nota explicativa destacada pela própria IMPUGNANTE, decidiu por vedar este tipo de participação por entender que poderá trazer prejuízos à execução do objeto licitado, conferindo assim a motivação necessária para a decisão tomada.

Só para se ter uma ideia, o próprio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG, quando da realização do Processo Licitatório nº 07/2015 – Concorrência nº 01/2015, que tinha por objeto “Contratação de empresa especializada para a execução de obras de ampliação do Edifício Anexo II do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCE/MG [...]”, também vedou a participação de empresas em consórcio na licitação sob argumentação semelhante adota pela IMPUGNADA, avaliado também o caso concreto, conforme consta da página 5 do edital do processo licitatório ora citado, conforme segue:

[...]

Esta é uma licitação compartilhada, nos termos do art. 19 do Decreto Federal nº 6.017/2017, e os órgãos participantes, em sua maioria, são municípios de pequeno

porte e com um corpo técnico limitado, de forma que estes poderiam ter sérias dificuldades quando do acompanhamento e fiscalização dos serviços contratos com uma pluralidade de empresas agrupadas em um consórcio. Mais do que isso, avaliando critérios de conveniência e oportunidade e as peculiaridades do objeto que se pretende contratar, temos que o mercado hoje dispõe de uma série de empresas que são plenamente capazes de executar o objeto licitado individualmente, não sendo necessária a junção de empresas diversas para a sua execução, fazendo com que a competitividade não seja prejudicada e que o interesse público possa ser plenamente satisfeito sem qualquer contrariedade ao ordenamento jurídico.

Como exemplo, quando a IMPUGNANTE indaga que “*não existe no mercado número suficiente de empresas com potencial técnico[...]*”, a própria Companhia Energética de Minas Gerais – Cemig divulga em seu sítio eletrônico oficial uma “Relação de Empreiteiras para Obras Particulares”, que pode ser facilmente consultada pelo endereço eletrônico <http://www.cemig.com.br/pt-br/fornecedores/Paginas/cemig-empresiteiras-obras-particulares.aspx>, em que consta, só no âmbito da Cemig, quase 70 (setenta) empresas e habilitadas para a execução de obras e realização de serviços semelhantes ao objeto licitado, não prosperando qualquer argumentação no sentido de se questionar se existem ou não empresas com potencial técnico satisfatório para a execução do objeto licitado e, mais do que isso, qualquer limitação de mercado neste segmento.

Por fim, analisando o caso concreto, os motivos expostos pela IMPUGNADA se fazem mais que suficientes para atender às disposições legais e para sustentar a vedação à participação de empresas em consórcio no certame, uma vez que foram avaliadas as peculiaridades do objeto, a existência de uma quantidade satisfatória de empresas no mercado capazes de executar o objeto licitado e a busca pela eficiência da Administração quando do acompanhamento e fiscalização do objeto a ser contratado.”

O edital prevê entre as condições de participação na licitação, fl. 31:

5. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

[...]

5.2. Não poderá participar da presente licitação pessoa jurídica:

e) em consórcio²

²NOTA EXPLICATIVA: Considerando que é ato discricionário da Administração diante da avaliação de conveniência e oportunidade no caso concreto; considerando que existem no mercado diversas empresas com potencial técnico, profissional e operacional, suficientes para atender satisfatoriamente às exigências previstas neste Edital; e considerando que a admissão do consórcio na licitação poderá ocasionar dificuldades de gestão da obra, entende-se que é conveniente a vedação de participação de empresas em “consórcio” na Concorrência em tela.

Verifica-se, portanto, que o edital trouxe as justificativas para a vedação da participação de empresas em consórcio, quais sejam a existência de várias empresas que podem prestar o objeto da Concorrência Pública nº 001/2019 e a dificuldade de gestão do contrato advindo do objeto, caso sua prestação seja por empresas reunidas em consórcio.

Ainda que o edital tenha justificado a vedação de participação de empresas reunidas em consórcio, importa conhecer entendimento dessa Corte nos autos da Denúncia nº 932.692, onde entendeu-se que somente há obrigatoriedade de justificativa quando o

edital permite a participação de empresas reunidas em consórcio, não sendo obrigatório justificar a vedação desta participação, a saber:

B) Proibição de participação de empresas em consórcio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De outra feita, nos autos do Recurso Ordinário nº 952058, Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, do dia 03/08/2016, o Conselheiro Relator José Alves Viana, assim entendeu:

II.2.1 Relevância da Discussão

Trazer à baila a discussão acerca da vedação ou não à participação de empresas em consórcios em licitações, materializada pela ausência de uniformidade doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, adquire relevo quando se observa que, de um lado, a formação de consórcio de empresas de certo modo pode ampliar a competitividade do certame, mas de outro, igualmente, a depender do objeto, seu vulto e/ou complexidade, pode ter o efeito exatamente contrário, implicando, ao menos em tese, restrição ao caráter competitivo do certame com eventual prejuízo para a Administração Pública. Estabelece-se aqui, portanto, a premissa e o ponto de partida deste voto.

Essa constatação é fundamental na análise do(s) Recurso(s) interposto(s) pelo Parquet, uma vez que, a meu juízo, o ponto questionável da sua argumentação é exatamente a premissa (errada) na qual ele se baseia, qual seja a de que a participação de empresas consorciadas sempre aumenta a competitividade.

Com essas considerações, e uma vez assentada a premissa na qual se estrutura o voto, necessário apontar, então, o fio condutor desta exposição. Assim, considerando que um dos eixos centrais do instituto da licitação no ordenamento jurídico pátrio é aumentar o universo dos potenciais interessados em contratar com a Administração Pública, importante deixar de plano consignado que a “escolha” da Administração de vedar ou permitir a participação de empresas em consórcio deve sempre ter um norte: ampliar a competitividade.

Nesse particular, é certo que não se pode sustentar que a participação de empresas reunidas em consórcio trará, como regra, benefícios para a Administração Pública. Isso porque, empresas que seriam competidoras entre si poderiam, ao se unir de forma consorciada, levar a um efeito diametralmente oposto ao concebido no caso concreto pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, qual seja o de diminuir o número de empresas elegíveis ao certame, restringindo, portanto, exatamente o que se busca tutelar que é a (ampla) competitividade da licitação.

Portanto, por se tratar de uma situação aparentemente paradoxal, torna-se necessário esquadrihar um regime-jurídico adequado no que diz respeito à participação de empresas consorciadas nas licitações, com a premissa acima estabelecida: nem sempre, como regra geral, pode-se afirmar que a autorização do consórcio é mais benéfica para a Administração, muito antes pelo contrário¹.

Em outras palavras, esta inquietante constatação é que exige uma melhor (re) construção dos aspectos controversos da questão como forma de se estabelecer um referencial seguro para atuação das Cortes de Contas.

II.2.2 Discricionariedade do administrador para vedação ou permissão à participação de consórcios – limitação e motivação.

II.2.2.1 Discricionariedade e limites (parâmetros)

¹ Nota do texto original. “Para o TCU, nos termos de trecho do Acórdão 1946/2006, Plenário “... a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do Relatório e Voto que impulsionaram o Acórdão n. 2.813/2004 – 1ª Câmara (...) O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. [...]. Isto porque, ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). Como os exemplos fornecidos pelo Bacen, vemos que é prática comum a não-aceitação de consórcios.” (Acórdão nº 1946/2006, Plenário, rel. min. Marcos Bemquerer)”

Importa consignar ser pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a autorização em si (e não a previsão ou não no edital) para a participação de consórcio reveste-se de natureza discricionária: cabe à Administração, em vista das peculiaridades do certame, decidir acerca da matéria, o que se dará, por óbvio, na fase interna da licitação.

Contudo, entendo que tal discricionariedade é relativa ou condicionada e comporta parâmetros, para o efeito do esboço de uma regra geral (e os contornos de eventuais exceções a essa regra).

Nesse sentido, como bem assevera o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, “O administrador não pode, portanto, conduzir o procedimento licitatório [simplesmente] como melhor lhe convém, sob pena de não se observar os princípios basilares das licitações, contidos no artigo 3º da Lei Federal nº 8666/93.”

Assim, significa dizer que a escolha do gestor por vedar ou permitir tem limites e porquanto, qualquer que seja a opção, qual seja ela, deve conferir a maior competitividade possível, em busca da maior vantajosidade ou da melhor proposta. Desse modo, a opção pela “vedação” ou “permissão” dependerá do caso concreto, com também é o entendimento do TCU, conforme explicitado nos Acórdãos: 1094/2004 - Plenário; 2295/2005 - Plenário; 22/2003 - Plenário; 1678/2006 – Plenário.

Para tanto a tese que se defende é a de que o limite da discricionariedade pressupõe a defesa da **existência de um nexo de causalidade entre a natureza do objeto e a vedação ou autorização para participação de empresas reunidas em consórcio nos certames licitatórios**. Explico-me melhor.

No plano teórico, a doutrina de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 12ª edição - Editora Dialética, fls. 463/465) trata das hipóteses em que a participação de consórcios se faz necessária, *in verbis*:

Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a **complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação.** Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas umas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para licitação. (grifo nosso)

Na mesma linha, consoante jurisprudência do Tribunal de Contas da União, “a **participação de consórcio é recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto**”. (Acórdão nº 2831/2012 – TCU – Plenário)

Em outras palavras, a autorização para a participação de empresas em consórcio afigura-se como regra quando a licitação apresentar **vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes**, nos seguintes termos:

(...)

2. A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada.

3. Não obstante a participação de consórcio seja recomendada sempre que o objeto seja considerado de alta complexidade ou vulto, tal alternativa também não é obrigatória.

4. Devem ser consideradas as **circunstâncias concretas** que indiquem se o objeto apresenta **vulto ou complexidade que torne restrito o universo de possíveis licitantes**. Somente nessa hipótese, fica o administrador obrigado a autorizar a **participação de consórcio de empresas no certame, com o intuito precípua de ampliar a competitividade e proporcionar a obtenção da proposta mais vantajosa**. (Acórdão 2831/2012 – Plenário- TCU) (grifo nosso)

Ainda nesse sentido, cabe citar novamente a decisão do Tribunal de Contas da União aprovada em Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer (Acórdão nº 1946/2006):

A respeito da participação de consórcios, a jurisprudência desta Corte tem assentado que o que o art. 33 da Lei 8.666/93 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso.

Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio.

Assim, em licitações complexas, a lógica é que a participação de empresas em consórcio, como regra, seja ampliadora da competitividade, razão pela qual a vedação, por certo, deverá ser justificada.

Compreendido esse ponto, necessário trazer à baila o outro lado da moeda, qual seja o critério a ser utilizado quando se trata da licitação comum, de menor monta, vulto ou complexidade, até porque tal situação não é comumente abordada nem na doutrina, nem na jurisprudência.

Neste caso, como argumento integrativo, pertinente utilizar o denominado raciocínio contrário sensu, nos seguintes termos: se nas licitações complexas, o pressuposto é de que a participação de empresas em consórcio amplia a competitividade, em licitações comuns a lógica se inverte e o pressuposto é de que a admissão de consórcios pode levar à restrição da competitividade, uma vez que retira ou reduz a possibilidade de que empresas menores, isoladamente, possam sagrar-se vencedoras nas licitações, sem que haja fundamento para tanto.

Dessarte, a sistemática que ora se propõe como fator condicionante da limitação ao poder discricionário da Administração Pública pode ser assim sistematizada: (1) naquelas licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta, a vedação impõe-se como regra, posto que os consórcios, em tese, restringem a competitividade e, por outro lado, (2) nos certames de grande vulto e complexidade, o

raciocínio se inverte e a regra geral passa a ser a permissão dos consórcios. Nessa situação, a título exemplificativo, sinaliza-se (apenas) como um indicativo, sua ocorrência especialmente em licitações na modalidade Concorrência, cuja lógica, até pelos valores dos objetos licitados, aponta para um maior vulto, dimensão e grau de complexidade do objeto licitado.

Portanto, a melhor conduta a ser adotada pelo gestor público é a de avaliar as condições objetivas da contratação, os requisitos técnicos e econômicos envolvidos e, bem sopesados, optar por permitir, ou não, a participação de empresas reunidas em consórcio.

Em síntese, fica por último um alerta. O que deve ser observado por esta Corte é que a participação de empresas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, não querendo significar, por exemplo, que somente o valor de uma licitação é suficiente para caracterizar a exigência de participação/vedação em consórcio. Repita-se então que tal aferição deve levar em conta também a natureza do objeto.

II.2.2.2 Discrecionabilidade e motivação

Esclarecido este primeiro ponto, importante agora trabalhar a questão da responsabilização do gestor pela ausência de motivação expressa, no que tange a autorização ou vedação à participação de empresas reunidas em consórcio na licitação.

De início, vale dizer que dentre os elementos que integram o conceito de ato administrativo, exsurge o motivo como aquele que, em caráter antecedente ou concomitante à prática do ato, diz respeito às razões que levaram o agente público a “realizar esta ou aquela conduta”.

O que há muito se discute, é se os motivos devem obrigatoriamente estar expressos de maneira explícita (exposição de motivos /motivação) ou se tal exigência pode ser de alguma forma flexibilizada. Por certo, até como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus vetores a exigência de transparência nas ações do Poder Público, de modo a permitir o controle e a responsabilização por condutas desviantes das normas basilares que regem a Administração Pública, motivar deve ser, pelo menos em princípio, entendida como a regra a ser seguida.

Assim sendo, por certo, é salutar que o gestor sempre fundamente a opção, a fim de afastar qualquer questionamento acerca da lisura da escolha e conferir maior transparência ao procedimento licitatório.

Entretanto, como não se pode sustentar que existam normas a priori absolutas, não sopesáveis em qualquer hipótese no caso concreto, perfilho o entendimento de que, em algumas situações – a exemplo da presunção de inocência – a necessidade de expressamente se declinar os motivos da prática de determinado ato, pode ser relativizada, de particular modo a partir da ótica de atuação dos órgãos de controle e da consequente responsabilização do gestor.

A razão para tal assertiva é que se poderia impor ao gestor um ônus excessivo de dizer o porquê da prática de todo e qualquer ato do cotidiano da Administração, em especial, como no caso concreto, quando se defende uma vinculação da permissão/vedação da participação em consórcios com a natureza do objeto licitado.

Ora, nesse cenário, pode-se defender aqui que nos casos em que a situação fática se amolda à regra geral (objeto complexo/permissão; objeto simples/vedação), a motivação afigura-se implícita ou in re ipsa, em outras palavras, imanente ao próprio objeto.

Por óbvio, tal premissa também não pode ser considerada jure et jure, cabendo a este Tribunal, em função das nuances do caso concreto, entender que nesta ou naquela situação, excepcionalmente, subsiste a necessidade da motivação expressa. Portanto a ausência de motivação expressa é sempre sindicável, a partir de parâmetros de razoabilidade.

A referendar essa construção, vale menção à Lei Federal nº 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal², e prevê em seu artigo 50, o seguinte:

[...]

Assim, a partir da exegese do art. 50, I, supramencionado, se a vedação ou permissão não se enquadrarem nas respectivas regras gerais, é necessária e obrigatória a motivação expressa, sob pena de não conformidade com o ordenamento jurídico, posto que seriam, em tese, restritivos à competitividade.

Isso dito, é necessário volver à premissa inicial explicitada, e relembrar que a vedação, por si só, não implica em restrição à competitividade, e que a permissão, da mesma forma que a vedação, também pode acarretar a restrição, em função da natureza do objeto licitado, permitindo-se concluir que somente quando, “a priori”, a opção da Administração se mostrar potencialmente restritiva (uma vez que fora da regra geral) é que deverá ser expressamente motivada no processo administrativo.

A título exemplificativo, tem-se que, em uma licitação para aquisição de material de escritório, em razão da natureza do objeto, um grande universo de empresas isoladamente é capaz de executar o contrato. Nesse caso, a associação das possíveis licitantes em consórcio comprometeria a competição entre elas, prejudicando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Nessa hipótese, a natureza do objeto da contratação já justifica a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame, não havendo obrigatoriedade, a meu ver, de tal justificativa constar do processo administrativo.

De outra senda, se a Administração, fazendo uso de seu poder discricionário, optasse por permitir a participação de empresas reunidas em consórcio em licitações dessa natureza, nesse caso, teria que motivar tal decisão, pois, em tese, estaria a restringir a competitividade.

Lado outro, no caso de uma licitação para construção de uma usina no valor de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), a sua natureza complexa e grande vulto indicam que a permissão para a participação de empresas reunidas em consórcio ampliaria o universo de licitantes. A opção pela permissão, então, já se mostra viável, de plano, não carecendo de motivação. Nessa hipótese, se a Administração decidisse por vedar a participação de consórcio, teria que fundamentar tal escolha no processo administrativo, haja vista a opção se mostrar restritiva.

Conclui-se, dessa forma, que a motivação devidamente fundamentada e expressa se faz necessária quando a permissão ou vedação se mostrarem, em um cotejamento com a regra geral, restritivas à competitividade do certame.

Assim, diante de uma licitação cujo vulto e/ou complexidade do objeto recomende a participação de consórcios com vistas a ampliar a competitividade (regra geral), não é admissível a simples vedação à participação de consórcios, sem a plena e efetiva justificativa, sob os ângulos técnico e econômico.

Da mesma forma, em uma licitação cujo objeto é comum, a Administração não pode permitir a participação de consórcio, sem que motive fundamentadamente e formalmente a sua escolha, pois em tese estaria restringindo a competição entre possíveis licitantes. (todos os grifos do texto original)

Dessa forma, em concordância com o entendimento do Conselheiro José Alves Viana, entende-se que, no caso concreto, não é imprescindível a participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que, apesar de o objeto ser de grande vulto e complexidade, existem no mercado diversas empresas capazes de, sozinhas, cumpri-lo integralmente.

Conforme informação do responsável, verifica-se que a Cemig divulga em seu sítio eletrônico oficial uma “Relação de Empreiteiras para Obras Particulares”.

Consta no referido site a seguinte informação:

Conforme Art. 37 da Resolução 414 da Aneel, qualquer interessado pode optar pela execução das obras de extensão de rede, reforço ou modificação da rede existente, que integrarão o Sistema Elétrico de Potência da Cemig.

Para tanto, a Cemig possui um processo de cadastramento de empreiteiras que estão habilitadas à execução de OBRAS PARTICULARES (OBRA PART Grupo de Serviço: 0832).

Ademais, verifica-se que 6 (seis) empresas participaram do certame, conforme consta da ata de abertura da Concorrência Pública nº 04/2019, fls. 716/719. Cinco delas constam da lista da Cemig (documento anexo), quais sejam:

- . Construtora Remo Ltda.,
- . Selt Engenharia Ltda;
- . Ribeiro Barroso Construções Elétricas Ltda.;
- . Freitas e Moraes Construtora Ltda.;
- . Vitorialuz Construções Ltda.

Além destas empresas listadas, participou também do certame a empresa Alper Energia S.A.

Conforme assevera Marçal Justen Filho²:

² Marçal Justen Filho, 'Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos', 8ª Edição, pags. 369/370

Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grandes quantidades de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas umas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições exigidas para licitação. (grifos nossos)

Constata-se, portanto, que o fato de o objeto ser de grande vulto e complexidade não restringiu o universo de licitantes, pois, além da existência de várias empresas capazes de cumpri-lo em sua integralidade, houve competitividade no certame. Improcedente, portanto, a alegação da denunciante de que “não existe no mercado número suficiente de empresas com potencial técnico para cumprir o objeto”.

Além disto, considera-se como correta a justificativa em relação à gestão do contrato, que deverá ser realizada por, “em sua maioria”, “municípios de pequeno porte e com um corpo técnico limitado, de forma que estes poderiam ter sérias dificuldades quando do acompanhamento e fiscalização dos serviços contratos com uma pluralidade de empresas agrupadas em um consórcio”.

Entende Marçal Justen Filho³:

Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um **processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto** a ser licitado e da **ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.** (G.n.)

Dessa forma, entende-se que a opção pela “vedação” ou “permissão” de empresas reunidas em consórcio na licitação dependerá do caso concreto.

No caso do presente objeto, entende-se como regular a vedação, pois, uma das justificativas apresentadas, diversas empresas aptas a cumprir o objeto sozinhas, é legítima e foi comprovada pela competição no certame. A outra justificativa, dificuldade na gestão do contrato, passa pela discricionariedade da Administração Pública em contornar as dificuldades existentes quando do “acompanhamento e fiscalização dos serviços contratos com uma pluralidade de empresas agrupadas em um consórcio”.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende como improcedente a denúncia quanto a este apontamento.

³ (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 12. ed., São Paulo: Dialética, p. 410)



4. DA CONCLUSÃO

Após análise da denúncia referente à Concorrência Pública nº 001/2019, Processo Licitatório nº 004/2019, bem como da documentação acostada aos autos, em cumprimento ao despacho de fls.745/747-v, esta Unidade Técnica entende que a denúncia pode ser julgada improcedente quanto ao apontamento “Vedação de participação de empresas reunidas em consórcio”.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 27 de setembro de 2019.

Maria Cristina Cardoso
Oficial de Controle Externo
TC – 1731-8

João Luís Mindêllo Navarro
Analista de Controle Externo
TC - 31221