MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete da Procuradora Maria Cecília Borges

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Denúncia n. 932.606

Excelentíssimo(a) Senhor(a) Relator(a),

I RELATÓRIO

Trata-se da denúncia de f. 01/21, instruída com os documentos de f. 22/69, formulada pela sociedade empresária Brasil Máquinas e Veículos Ltda, a qual noticia irregularidades no processo licitatório n. 30/2014, pregão presencial n. 21/2014, deflagrado pelo Poder Executivo do Município de Glaucilândia, para registro de preços destinado ao fornecimento de peças e prestação de serviços de manutenção para os veículos automotores da frota municipal.

Conforme despacho de f. 72/73, houve a intimação do Prefeito Municipal e do pregoeiro, f. 74/77. Após, o pregoeiro apresentou a manifestação de f. 78/80, acompanhada dos documentos de f. 81/377, em que informa que o certame questionado pelo denunciante, na verdade, trata-se do processo licitatório n. 48/2014, pregão presencial n. 30/2014, registro de preços n. 02/2014.

A unidade técnica deste Tribunal apresentou sua análise às f. 380/389.

Após, vieram os autos ao Ministério Público de Contas. É o relatório.

II FUNDAMENTAÇÃO

1 Oportunidade de aditamento da denúncia pelo Ministério Público de Contas

Necessário esclarecer que, em se tratando de manifestação preliminar, cumpre ao Ministério Público de Contas, sempre que instado a se pronunciar, realizar análise quanto à necessidade de aditamento da denúncia e das eventuais inovações da unidade técnica, para, depois de oportunizado o contraditório, emitir, enfim, parecer conclusivo. É essa a sistemática introduzida pela Resolução n. 07/2009 da Corte de Contas.

Nesse sentido, não obstante a possibilidade de ter o ente concluído o procedimento licitatório e assinado contrato com a empresa vencedora do certame, cumulam-se às irregularidades tratadas na denúncia as seguintes:

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

1.1 Ausência de estabelecimento do preço máximo

Não consta do edital que rege o certame em comento cláusula em que reste previsto o preço máximo aceitável pela Administração, resguardando-a do oferecimento de propostas com sobrepreços.

Vale destacar que, embora o art. 40, X, da Lei n. 8.666/93 pareça conferir a faculdade de previsão de preços máximos, não é esse o entendimento que prevalece na jurisprudência do TCU, já que este vem decidindo que a indicação do preço máximo aceitável no edital é obrigatória:

> [ACORDÃO]
> 9.1. conhecer da presente representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso IV, do Regimento Interno/TCU para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;
> [...]
> 9.5. determinar à Cepisa que, em futuros editais de licitação:
> 9.5.1. fixe, de maneira clara e objetiva, os critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global, bem como estabeleça os preços máximos aceitáveis para a contratação dos serviços, tendo como referência os preços de mercado e as especificidades do objeto, conforme disposto no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93 e nas orientações contidas na Decisão nº 60/1999-TCU-1ª Câmara e nos Acórdãos nº 957 e nº 1297/2003-TCU-Plenário;
> [VOTO]
> 6. Verifico, também, que o citado projeto básico não estabelece critérios de aceitabilidade de preços que permitam uma avaliação objetiva das propostas apresentadas pelas licitantes. A Cepisa não explica, nos autos, porque considerou a proposta inicialmente vencedora 'exorbitante' (18,47% acima do valor estimado), desclassificando-a, e a proposta vencedora dentre as empresas que acorreram ao segundo chamado aceitável (14,48% acima do valor estimado).
> 7. Assinalou a unidade técnica, com razão, que este Tribunal vem adotando o entendimento manifestado na Decisão nº 60/1999-TCU-1ª Câmara 'que o estabelecimento dos critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal da lei [art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93], é obrigação do gestor e não sua faculdade'. Entretanto, a interpretação no sentido de que o citado dispositivo legal encerra apenas uma faculdade, alegada nestes autos e sistematicamente observada em processos apreciados pelo Tribunal, pode ser considerada plausível. Nesse sentido, o posicionamento desta Casa, via de regra, tem sido o de disseminar aos gestores o entendimento da obrigatoriedade da fixação do referido limite máximo visando licitações futuras (Acórdão nº 1090/2007-TCU-Plenário). Assim, o mesmo caminho deve ser adotado no caso sob exame. Nesse sentido, embora determinação corretiva sobre a questão tenha sido efetuada à Cepisa pelo item 9.11.1 do Acórdão nº 1422/2006-TCU-Plenário, penso que deva ser reiterada nesta oportunidade, ante a sua relevância. Diante desse encaminhamento, não há que se falar em débito e instauração de tomada de contas especial, nos termos propostos pela Secex/PI"[1].
> [...]
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:
> 9.1. conhecer do presente pedido de reexame, com fundamento nos arts. 33 e 48 da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento, alterando, todavia, a redação do item 8.5.1 da Decisão nº 417/2002 - Plenário e, ainda, acrescentando-lhe o subitem 8.5.1.1, da seguinte forma:

[1] TCU – AC-1768-33/08-P. Sessão 20-08-2008. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Grifos aditados.

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

> '8.5.1. acrescente cláusula definindo os critérios de aceitabilidade de preços unitários, com a fixação de preços máximos, tendo por limite os valores estimados no orçamento a que se refere o inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93, desclassificando a proposta que não atender a esse critério, com base nos arts. 40, inciso X, e 48, inciso I, da mesma lei;
> 8.5.1.1. sem prejuízo da observância do disposto no art. 101 da Lei nº 10.707/2003, os valores dos preços unitários tratados no item 8.5.1 obedecerão aos registrados no sistema SICRO regional, devendo eventuais exceções, decorrentes de particularidades da obra que justifiquem a extrapolação desse limite, estar devidamente embasadas em justificativas técnicas, acompanhadas de cálculo analítico, para cada item de serviço, que demonstre a adequabilidade do valor adotado'"[2].

Dessa forma, o Ministério Público de Contas entende que a ausência, no edital, de cláusula em que fosse previsto o preço máximo aceitável pela Administração configura irregularidade.

1.2 Ausência de cláusulas relativas à aplicação da Lei Complementar n. 123/2006

Em 2006, o Brasil deu um passo importante na direção do empreendedorismo, ao aprovar o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte - Lei complementar n. 123, de 2006. Mesmo incipientes, já são visíveis os benefícios da nova legislação, cuja consequência mais tangível é a formalização de empreendimentos econômicos antes clandestinos ou informais.

O Brasil é um país com uma característica econômica marcante: aqui se multiplicam os empreendimentos de base local, voltados para o consumo interno (local e regional), capazes de absorver a mão de obra do próprio entorno (municipal ou circunvizinha) e de baixo impacto ambiental, ao lado de grandes empreendimentos, muitos dos quais de envergadura internacional.

Doutra parte, a geração de emprego e renda, para além dos grandes centros e metrópoles, é garantida pela agricultura familiar, pela microempresa, empresa de pequeno porte, e por empreendimentos individuais. Tais negócios garantem o sustento de inúmeras famílias, eis que as grandes empresas se concentram nas grandes cidades da Região Sudeste, na faixa litorânea e nas capitais.

Daí a importância de que a Lei complementar n. 123/2006 tenha eficácia e efetividade, sendo imprescindível, para tanto, que os entes públicos, ao elaborarem editais de licitações, neles insiram as regras voltadas para o tratamento diferenciado da microempresa e da empresa de pequeno porte, bem como para o direito de desempate nas condições previstas legalmente.

[2] TCU – AC-1564-41/03-P. Sessão 22-10-2003. Rel. Min. Guilherme Palmeira. Grifos aditados.

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

Nesse ponto, o edital licitatório ora examinado frustra a legislação aplicável e a própria política nacional que visa ao fortalecimento dos pequenos empreendimentos econômicos.

1.3 Insuficiência do Termo de Referência

O edital do procedimento licitatório em comento conta o documento nomeado "Memorial Descritivo", f. 120/130, referente ao anexo I do edital, chamado de termo de referência à f. 89. Contudo, verifica-se que tal documento está incompleto, uma vez que não traz o necessário orçamento detalhado em planilha.

Vale destacar que o termo de referência é documento basilar dos pregões públicos. Na verdade, é anexo obrigatório e corresponde, grosso modo, ao projeto básico previsto no art. 6º, inc. IX, da Lei n. 8.666/93. Na Lei de Licitações, o projeto básico é definido como o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra, serviço ou aquisição de materiais, devendo ser elaborado com base nas indicações de estudos técnicos preliminares.

Quanto ao termo de referência, conquanto a Lei n. 10.520/2002 não o defina nem estabeleça os seus elementos constitutivos, o Decreto n. 3.555/2000 cuidou de fazê-lo nos termos do art. 8º, *in verbis*:

> Art. 8º. A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:
> I - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;
> II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;
> III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:
> a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;
> b) justificar a necessidade da aquisição;
> c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e
> [...];
> IV - constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados,

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

> bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e
> V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

Deve-se compreender que toda licitação de obra, serviço ou materiais deve ser precedida da elaboração do projeto básico, devendo esse estar anexado ao ato convocatório como parte integrante, sendo elaborado segundo as exigências contidas na Lei n. 8.666, de 1993, sendo ainda obrigatório, no que couber, para contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Da mesma forma, previamente à realização de pregão em qualquer uma das formas, presencial ou eletrônica, a exemplo de projeto básico nas demais licitações, o setor requisitante deve elaborar termo de referência, com indicação precisa, suficiente e clara do objeto e contendo elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento ou de prestação dos serviços, o prazo de execução do contrato, etc.

Em publicação recente, o Tribunal de Contas de Minas Gerais assegura que "Se o Termo de Referência for falho ou incompleto, a licitação estará viciada e a contratação não atenderá aos objetivos da Administração".[3]

Na licitação ora examinada, a insuficiência do termo de referência é irregularidade grave, que pode levar ao comprometimento da competitividade do certame, já que afeta diretamente a descrição do objeto.

1.4 Vedação à participação de consórcios

O item 2, VIII, do edital em comento veda a participação de consórcio de sociedades empresárias no processo licitatório (f. 89).

Segundo lição de Marçal Justen Filho[4], em que pese a decisão sobre a admissão ou não de consórcios ser discricionária, a Administração Pública deve fundamentá-la tendo em conta dois aspectos principais: a) se as sociedades empresárias aptas a se reunirem em consórcio são capazes isoladamente de atender

[3] *Principais irregularidades encontradas em editais de licitações: pneus*. Disponível em: < http://www.tce.mg.gov.br/IMG/Comissao%20de%20Publicacoes/Cartilha%20Licita%C3%A7%C3%A3o%20de%20Pneus%20para%20intranet_v2.pdf>. Acesso em: 05/08/2014.

[4] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 463-466.

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente

ao objeto do certame, tem-se diminuição da competitividade, pois elas poderiam competir entre si; b) no caso de objetos complexos, em que apenas poucas sociedades empresárias isoladamente consigam prestá-lo, com o intuito de ampliar a concorrência, deve-se admitir a união de sociedades empresárias em consórcio.

Dessa feita, revela-se imprescindível a motivação da regra editalícia que veda a participação de consórcios. Entretanto, não se verifica, ao menos de acordo com os documentos acostados aos autos, justificativa nesse sentido.

Portanto, a ausência de justificativa para vedação à participação de consórcios configura irregularidade. Além disso, é preciso analisar se os motivos trazidos pelos responsáveis, de fato, sustentam a opção feita pela Administração Pública, sob pena também de restar configurada irregularidade em razão disso.

2 Citação dos responsáveis

Relembre-se, dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LIV, que *"ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"*. Estabelece ainda que *"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"* (inc. LV).

Assim, em homenagem às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, este Tribunal de Contas deve franquear aos responsáveis a oportunidade de oferecer defesa quanto às irregularidades objeto do presente feito.

III CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas **REQUER** o aditamento do presente feito, nos termos expostos na fundamentação desta manifestação, bem como a citação dos responsáveis para, caso queiram, apresentem defesa.

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2014.

Maria Cecília Borges
Procuradora do Ministério Público / TCE-MG

Impresso **frente/verso**, por economia de papel e para preservar o meio ambiente