

PROCESSO N.º: 932.606
NATUREZA: DENÚNCIA
DENUNCIANTE: BRASIL MÁQUINAS E VEÍCULOS LTDA.
DENUNCIADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE GLAUCILÂNDIA
REFERÊNCIA: PROCESSO LICITATÓRIO nº 030/2014 – PREGÃO PRESENCIAL nº 021/2014 – REGISTRO DE PREÇOS nº 002/2014

Ao Ministério Público junto a este Tribunal de Contas,

Tratam os autos de Denúncia oferecida pela Empresa Brasil Máquinas e Veículos Ltda. em face do Processo Licitatório nº 030/2014 – Pregão Presencial nº 021/2014 – Registro de Preços nº 002/2014, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Glaucilândia, tendo como objeto o registro de preços destinados ao fornecimento de peças e prestação de serviços de manutenção para os veículos automotores da frota municipal.

Antes de me manifestar acerca do requerimento desse Órgão Ministerial, cumpre salientar que o Sr. Danilo Ferreira Nunes, Pregoeiro e subscritor do edital em comento, prestou os esclarecimentos acostados às fls. 78/80 acerca das questões abordadas na denúncia.

Ademais, a Unidade Técnica, quando do exame dos fatos alegados na Denúncia, entendeu serem esses improcedentes.

Requer esse *Parquet* de Contas, em seu parecer preliminar, o aditamento da Denúncia e a citação dos responsáveis para que, querendo, apresentem defesa.

Naquela oportunidade, fls. 391/393v, foram feitos os seguintes aditamentos ministeriais:

a) Não estabelecimento do preço máximo;

De acordo com o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, não consta do instrumento convocatório cláusula prevendo o preço máximo aceitável pela Administração, resguardando-a do oferecimento de propostas com sobrepreços. Destaca que, embora de acordo com o artigo 40, X, da Lei de Licitações, seja facultativa a previsão no edital de preços máximos, não seria esse o entendimento que prevalece na jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, e transcreve decisão daquela Corte nesse sentido, proferida em 2.008 pelo Ministro Relator Raimundo Carreiro.

Contudo, buscando conhecer o entendimento mais recente do TCU acerca do tema, verifiquei que esse não mais prevalece. Trago, então, decisão divergente, proferida pela Corte de Contas Federal, em 16/02/2011, que retrata o atual posicionamento daquela Corte de Contas, *verbis*:

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 033.876/2010-0

Natureza: Representação

Interessada: Empresa QIAGEN BIOTECNOLOGIA BRASIL LTDA.

Órgão: Departamento de Logística em Saúde – DLOG/SE/MS

Advogado constituído nos autos: André Luiz Porcionato (OAB/SP nº 245.603)

SUMÁRIO: (...)

3. “Orçamento” ou “valor orçado” ou “valor de referência” ou simplesmente “valor estimado” não se confunde com “preço máximo”. O “valor orçado”, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o “preço máximo” a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente.

4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei n.º 8.666/93, o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

Consta, ainda, do mencionado Acórdão, o seguinte:

Ao contrário do que defende a unidade instrutiva, o art. 40, X, da Lei nº 8.666/93 não discorre sobre a “divulgação” do preço máximo, mas sim sobre a sua “fixação”, o que é bem diferente. E a Súmula TCU nº 259/2010, *susob* mencionada, deixou assente que, em se tratando de obras e serviços de engenharia, é obrigatória a fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, donde se conclui que, para outros objetos que não obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa.

32. A propósito, “orçamento” ou “valor orçado” ou “valor de referência” ou simplesmente “valor estimado” não se confunde com “preço máximo”. O *valor orçado*, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o *preço máximo* a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o *preço máximo* poderia ser definido como o *valor orçado* acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem.

33. O orçamento deverá ser elaborado (**fixado**) em quaisquer situações, haja vista o disposto no art. 7º, § 2º, II (específico para obras e serviços de engenharia), c/c o art. 40, § 2º, II (aplicado a obras, serviços – de engenharia ou não – e compras), ambos da Lei de Licitações. Já a **fixação** do preço máximo está disciplinada no art. 40, X, da Lei nº 8.666/93, com a interpretação que lhe foi conferida pela Súmula TCU nº 259.

34. Diferente é a situação da **divulgação** do valor de referência e do preço máximo, quando este for obviamente fixado. Para as modalidades licitatórias tradicionais, a regra está contemplada no art. 40, §2º, II, da Lei nº 8.666/93, ou seja, tem que haver necessariamente a divulgação do orçamento elaborado, contemplando o preço estimado e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. No caso do pregão, a jurisprudência do TCU acena no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.

35. Portanto, nas licitações na modalidade de pregão, os orçamentos estimados em planilhas de quantitativos e preços unitários – e, se for o caso, os preços máximos unitários e global – não constituem elementos obrigatórios do edital, devendo, no entanto, estar inseridos nos autos do respectivo processo licitatório. Caberá aos gestores/pregoeiros, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tais

orçamentos – e os próprios preços máximos, se a opção foi a sua fixação – no edital, informando nesse caso, no próprio ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-los.

35.1 É claro que, na hipótese de o preço de referência ser utilizado como critério de aceitabilidade de preços, a divulgação no edital é obrigatória. E não poderia ser de outra maneira. É que qualquer regra, critério ou hipótese de desclassificação de licitante deve estar, por óbvio, explicitada no edital, nos termos do art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993. (grifos no original)

Na mesma linha que o TCU, quando o preço máximo for fixado pela Administração, considero facultativa a sua divulgação no instrumento convocatório.

Entendo, portanto, inexistir irregularidade no presente caso.

b) Ausência de cláusulas relativas à aplicação da Lei Complementar nº 123/2006;

O *Parquet* de Contas considera imprescindível que constem dos editais de licitação cláusulas referentes à Lei Complementar nº 123/2006, em especial, regras para o tratamento diferenciado da microempresa e da empresa de pequeno porte, bem como para o direito de desempate das condições previstas legalmente.

Consta do Edital do Pregão (Anexo VI), fl. 108, que, quando do credenciamento, as empresas que participarão do certame, se for o caso, deverão apresentar Declaração de que são beneficiárias da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, conforme determina a Lei Complementar nº 123, de 2006, e alterações posteriores.

Nessa esteira, entendo que, se há previsão editalícia nesse sentido, a aplicação da Lei Complementar nº 123 e do seu regramento está implícita, mesmo que não haja cláusula expressa.

Assim, entendo que, no presente caso, não há irregularidade passível de sanção. Todavia, a atual Administração deve ser recomendada para que, nos próximos certames a serem deflagrados, faça constar dos instrumentos convocatórios cláusula com previsão expressa quanto ao tratamento diferenciado dispensado às microempresas e ao direito de desempate.

c) Insuficiência do Termo de Referência;

O Órgão Ministerial apontou a incompletude do Termo de Referência como irregular (Anexo I, fls. 120/130), em especial por não constar dele o orçamento estimado em planilhas previsto na Lei de Licitações, na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 3555/2000, alegando possível comprometimento à competitividade do certame.

De acordo com o artigo 8º, inciso II, da Lei nº 10.520/2002, o termo de referência deve estar presente na fase preparatória do pregão, sendo assim definido:

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante do orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

Da mesma forma dispõe o Decreto nº 3.555/2000.

O orçamento estimado, como prevê a Lei do Pregão, compõe o Termo de Referência, logo, não há obrigatoriedade de que ele conste do edital, mas tão somente da fase interna do certame.

O Tribunal de Contas da União – TCU, relativamente a essa questão, decide, reiteradamente, da maneira exposta neste trecho do Acórdão 2080/2012 – Plenário:

10. (...) há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo referente à licitação. Nesse último caso, deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento. Dentre muitos outros nessa linha, citem-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário.

A jurisprudência maciça do TCU se inclina para esse entendimento, colhendo-se, ainda, como outros exemplos, os Acórdãos 644/2006, 1925/2006, 114/2007 1784/2009 e 392/2011, todos do Plenário.

No âmbito desta Corte, a Cartilha “Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – PNEUS”, disponibilizada no *site* deste Tribunal, em seu item 9, orienta aos jurisdicionados que o orçamento estimado em planilhas deve constituir anexo do edital.

No presente caso, tal orçamento não foi anexado ao edital, mas foi realizada pesquisa de mercado junto a três empresas, consoante consta às fls. 132/146, que fundamentou a escolha da proposta mais vantajosa.

Assim, tendo em vista que a Lei que rege o pregão é omissa em relação à exigência sobredita, assim como a existência de divergência jurisprudencial acerca da obrigatoriedade de a planilha constituir anexo do edital nas licitações na modalidade “pregão”, entendo que não há que se falar em irregularidade, mas tão somente pode ser recomendado ao atual gestor que observe as orientações desta Corte acerca da matéria em exame.

d) Vedação à participação de consórcio.

Conforme alega o Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, a Administração não justificou nos autos a proibição à participação de empresas “sob a forma de consórcio” no certame (item 2, VIII, do edital, fl. 89).

O artigo 33 da Lei de Licitações prevê as normas que deverão ser seguidas “quando permitida a participação em consórcio”, o que torna discricionária a decisão da Administração.

Consoante entendimento do TCU acerca do tema, a admissão da participação de consórcio na licitação é cabível nas seguintes hipóteses:

Em regra, a formação de consórcios é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital. Nestes casos, a Administração, com vistas a aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio (Acórdão nº 22/2003, Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler).

No presente caso, verifico que o objeto licitado (fornecimento de peças e prestação de serviços de manutenção para os veículos automotores da frota municipal) não carrega em si nenhuma complexidade, a reclamar o incremento da competitividade mediante permissão da participação de consórcio. Pelo contrário, a permissão poderia trazer prejuízo à competição.

Assim sendo, feitas essas considerações, entendo que a exigência de que a opção da Administração pela vedação seja formalmente fundamentada nos autos, como assevera esse Órgão Ministerial, no presente caso, é desarrazoada, já que não há elementos que justificassem a permissão.

Afastadas as irregularidades apontadas por esse *Parquet* de Contas no aditamento à Denúncia, em razão das quais propôs a citação do responsável e,



ainda, inexistindo, nos autos, outras impropriedades que possam dar ensejo à instauração do contraditório, encaminho os presentes autos para manifestação.

Após, retornem conclusos.

Tribunal de Contas, em 11/02/2015.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA
Relator