

Processo: 951274
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Lucas Dias Figueiredo
Órgão: Prefeitura Municipal de São Geraldo da Piedade
Partes: Ozanam Oliveira de Farias, Nilzete Maria da Silva e Ana Farias de Andrade
Procuradores: Alexandre Salmen Espíndola, OAB/MG 86.922; Marcelo Werneck Nogueira da Gama, OAB/MG 86.367; Wagner Borges de Almeida, OAB/MG 86.370; Juliana Alves Souza, OAB/MG 127.378; Wellington Camargos Figueiredo, OAB/MG 158.951; e Pedro Henrique de Oliveira Andrade, OAB/MG 169.401
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 5/3/2020

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. ADOÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA HABILITAÇÃO. FIXAÇÃO DE PREÇO MÁXIMO. EXIGÊNCIA DE PROPRIEDADE PRÉVIA DE VEÍCULO. CREDENCIAMENTO COMO CONDIÇÃO DE RECEBIMENTO DAS PROPOSTAS. RESTRIÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. REGULARIDADE. RECOMENDAÇÕES. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE PERANTE A SEGURIDADE SOCIAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A exigência de apresentação de certificado de registro de veículo em nome do licitante na fase de habilitação não se configura prejuízo para a participação no certame quando todas as licitantes, presentes na sessão de julgamento, são habilitadas, uma vez que a imposição de apresentação do certificado de registro do veículo somente pode ser feita no momento da assinatura do contrato.
2. A adoção do sistema de registro de preços é inadequada para a contratação da prestação de serviços de transporte escolar, quando tenham caráter continuado e sejam específicos, por estarem delimitados o período da prestação e os quantitativos.
3. Por não gerar compromisso de contratação na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.
4. A Administração Pública pode exigir a apresentação de alvará de localização e funcionamento como requisito de habilitação jurídica em procedimento licitatório, com fundamento no art. 28, inciso V, da Lei n. 8.666/93, por se tratar de documento indispensável ao exercício regular da atividade empresarial.

5. A comprovação de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho é obrigatória em todas as contratações da Administração Pública e a sua dispensa configura irregularidade.
6. Embora, em certa medida, ser considerado restritivo o edital que exige credenciamento para recebimento das propostas, diante de previsão da exclusão da licitante que não estiver com seu representante credenciado ou, por intermédio de procuração, no momento da sessão de credenciamento, não se considera irregular, caso não haja a comprovação de que a referida cláusula tenha causado qualquer prejuízo à participação na disputa.
7. A fixação de percentual para aferição de preço excessivo não viola o art. 40, inciso X, da Lei n. 8.666/93, o qual permite o estabelecimento de preço máximo.
8. Mesmo que a cláusula editalícia não contemple amplo rol de formas para a apresentação de impugnação, nem para a interposição de recursos, e não havendo manifestação de interesse para impugnar ou recorrer, constitui evidência, nesse caso, da inexistência de prejuízo ao certame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por maioria de votos, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas, e diante das razões expendidas no voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz, em:

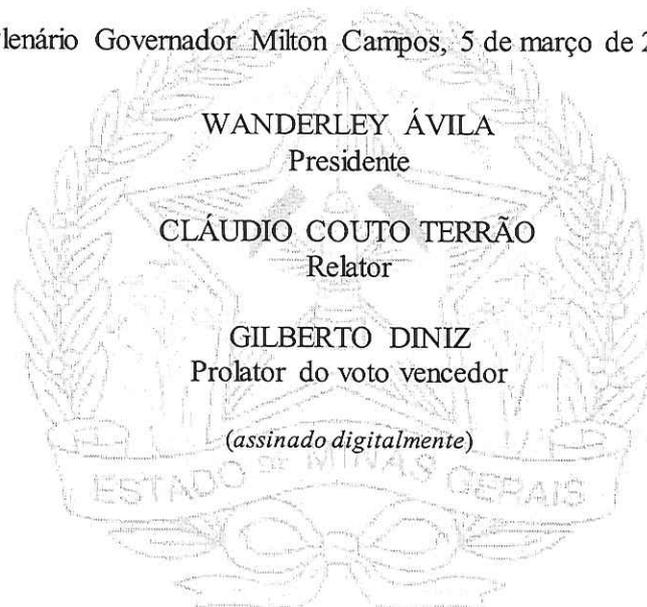
- I) julgar parcialmente procedente a denúncia, em face das irregularidades constantes no edital do Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, deflagrado pela Prefeitura Municipal de São Geraldo da Piedade;
- II) aplicar multa, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Orgânica, em relação à irregularidade referente à ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, previstas no art. 29, incisos IV e V, da Lei n. 8.666/93:
 - a) à Senhora Nilzete Maria da Silva, presidente da Comissão Permanente de Licitação à época e subscritora do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais);
 - b) ao Senhor Ozanam Oliveira de Farias, Prefeito do Município de São Geraldo da Piedade, autoridade responsável pela homologação do certame, no valor de R\$1.000,00 (mil reais);
- III) afastar a responsabilidade da Senhora Ana Farias de Andrade, secretária municipal de educação à época, nos termos da fundamentação;
- IV) recomendar à Administração que, em certames futuros:
 - a) não utilize o sistema de registro de preços, quando os serviços licitados tenham caráter continuado e sejam específicos, por estarem delimitados o período da prestação e os quantitativos;
 - b) sejam ampliadas as formas de impugnação do edital e de interposição de recursos para os meios presencial, eletrônico e pela via postal, a fim de garantir de forma mais efetiva o contraditório e a ampla defesa;
 - c) não seja feita a determinação de exclusão imediata da licitante que comparecer à sessão de credenciamento sem o responsável credenciado;

- d) a exigência de apresentação do certificado de registro do veículo somente seja feita no momento da assinatura do contrato; e,
 - e) os comprovantes de regularidade perante a Justiça do Trabalho e a Seguridade Social sejam exigidos de todos os licitantes.
- V) determinar a intimação dos responsáveis e da denunciante acerca do teor desta decisão;
- VI) determinar o cumprimento das disposições do art. 364 da Resolução n. 12, de 2008, atendidos os demais procedimentos regimentais pertinentes, bem como as medidas estatuídas na Resolução n. 13, de 2013;
- VII) determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

Aprovado o voto divergente do Conselheiro Gilberto Diniz. Vencido, em parte, o Conselheiro Relator. Votaram o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 5 de março de 2020.



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 12/12/2019

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pelo Senhor Lucas Dias Figueiredo, em que apontou possíveis irregularidades constantes no edital de Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, deflagrado pela Prefeitura Municipal de São Geraldo da Piedade, cujo objeto consiste na contratação de serviços de transporte de estudantes da zona urbana e rural das redes municipal e estadual de ensino, bem como universitários.

O denunciante impugnou, em suma, a exigência de que o certificado de registro dos veículos esteja em nome do licitante, por violar o § 6º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, e requereu a suspensão do certame.

A documentação foi recebida como denúncia em 02/03/15 (fl. 68) e distribuída à relatoria do conselheiro Mauri Torres (fl. 69).

À fl. 71, o relator determinou a intimação do prefeito municipal e do pregoeiro para remessa da documentação relativa à licitação e para informação quanto ao estágio em que se encontrava o procedimento, advertindo-os, na oportunidade, que o Tribunal de Contas deveria ser comunicado em caso de revogação ou anulação do certame, bem como de deflagração de edital com objeto idêntico ou similar, sob pena de multa.

A intimação foi encaminhada em 06/03/15 (fls. 75/76) e a ordem cumprida em 12/03/15, às fls. 83/339.

Às fls. 341/344v, a Unidade Técnica procedeu ao exame dos fatos, opinando pela irregularidade do edital de licitação.

O Ministério Público de Contas apresentou parecer preliminar às fls. 346/352v, ocasião em que acrescentou imputações relativas à utilização do sistema de registro de preços, à ausência de indicação da dotação orçamentária, à exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação, à ausência de exigência de regularidade perante a seguridade social e Justiça do Trabalho, à exigência de presença de credenciamento para recebimento das propostas, à previsão de faixa de variação em relação ao preço de referência e, por fim, aos meios de envio das razões de recurso. À vista das irregularidades identificadas, opinou pela citação da Senhora Ana Farias de Andrade, secretária municipal de educação, da Senhora Nilzete Maria da Silva, subscritora do edital, e do Senhor Ozanam Oliveira de Farias, prefeito municipal.

À fl. 355, o relator determinou a citação da Senhora Nilzete Maria da Silva, presidente da Comissão Permanente de Licitação, e do Senhor Ozanam Oliveira de Farias, prefeito municipal, cujos avisos de recebimento foram juntados em 25/04/17 e 24/04/17, respectivamente (fls. 358/359).

Os responsáveis apresentaram defesa conjunta às fls. 360/376, refutando os apontamentos da denúncia e do aditamento ministerial.

Em sede de reexame (fls. 381/395), a Unidade Técnica concluiu que a defesa não ilidiu as irregularidades apontadas.

À fl. 397, o Ministério Público de Contas reiterou o pedido de citação da Senhora Ana Farias de Andrade, secretária municipal de educação, acatado pelo relator à fl. 398.

O aviso de recebimento da nova citação foi juntado em 09/10/17 (fl. 400) e a defesa, acostada às fls. 401/408, repetindo *ipsis litteris* a peça defensiva de fls. 360/376.

Em 18/02/19, os autos foram redistribuídos à minha relatoria, em conformidade com o art. 115 do Regimento Interno.

À fl. 411, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) declinou da competência para análise dos autos, em face da existência de contrato firmado, e encaminhou os autos à 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (3ª CFM), a qual apresentou o reexame de fls. 413/425, em que reiterou as irregularidades concernentes à exigência de certificado de registro de veículo na fase de habilitação, à ausência de regularidade perante a seguridade social e Justiça do Trabalho e à exigência de credenciamento para recebimento das propostas, sob a responsabilidade da Senhora Ana Farias de Andrade. Considerou que o fato de ter subscrito o termo de referência não induziu sua responsabilidade para as demais imputações.

Às fls. 426/428v, constou o parecer conclusivo do Ministério Público de Contas, em que ratificou o reexame da Unidade Técnica, revendo, porém, o entendimento quanto à exigência de alvará de funcionamento na fase de habilitação. Sugeriu a emissão de recomendação em relação à utilização do sistema de registro de preços, à exigência de credenciamento para recebimento das propostas, à previsão de faixa de variação em relação ao preço de referência e aos meios de envio das razões de recurso, e a aplicação de multa pela exigência de certificado de registro de veículo na fase de habilitação, pela ausência de indicação de dotação orçamentária e pela ausência de regularidade perante a seguridade social e Justiça do Trabalho.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, a denúncia suscita a ocorrência de suposta irregularidade no edital de Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, referente à exigência de titularidade do licitante no certificado de registro dos veículos, violando o § 6º do art. 30 da Lei n. 8.666/93.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, aditou a denúncia, acrescentando apontamentos relativos à utilização do sistema de registro de preços, à ausência de indicação da dotação orçamentária, à exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação, à ausência de exigência de regularidade perante a seguridade social e Justiça do Trabalho, à exigência de presença de credenciamento para recebimento das propostas, à previsão de faixa de variação em relação ao preço de referência e aos meios de envio das razões de recurso.

Diante disso, necessário analisar as imputações individualmente, o que se fará a seguir.

A) Exigência de certificado de registro de veículo em nome do licitante na fase de habilitação

Alega o denunciante na peça inicial que o item 3.4 do edital de Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, ao indicar como documento de habilitação o certificado de registro de veículo em nome do licitante, afronta o art. 30, § 6º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), que veda exigências de propriedade prévias.

O exame inicial da Unidade Técnica (fls. 342/344) opinou pela irregularidade da imputação, uma vez que tal exigência somente poderia ser direcionada à licitante vencedora.

O parecer preliminar do Ministério Público de Contas (fls. 346/352v) não fez alusão expressa ao apontamento da denúncia.

As defesas (fls. 360/376 e 401/408), por sua vez, argumentaram que as condições editalícias guardaram relação com o objeto do certame e que não seria viável admitir empresa prestadora do serviço de transporte escolar que não fosse proprietária ou locadora de veículos, sendo que a exigência não implicou ônus para as empresas participantes.

Os reexames das Unidades Técnicas (fls. 382/383 e 413v/415v) corroboraram a análise inicial, pela irregularidade da exigência, no que foram acompanhados pelo Ministério Público de Contas no parecer conclusivo (fl. 427v).

Sobre o tema, cumpre recordar que a habilitação é a fase do procedimento licitatório que visa aferir se o candidato interessado em contratar com a Administração preenche as qualificações e os requisitos necessários para a adequada execução do serviço público que lhe será transferido. Contudo, as exigências constantes do instrumento convocatório não podem ser indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante, restringindo imotivadamente a ampla participação.

A própria Constituição da República, ao referir-se ao processo de licitação, preceitua que este “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (art. 37, XXI). Assim, exigências desnecessárias à comprovação de capacidade do licitante na prestação do serviço licitado não encontram respaldo no ordenamento pátrio.

Nesse contexto, o art. 30 da Lei n. 8.666/93 enumera em rol taxativo os documentos comprobatórios da qualificação técnica na fase de habilitação, sendo que, para a demonstração da aptidão para o desempenho de atividade pertinente ao objeto da licitação, o § 6º admite certas condições mínimas, “vedadas as exigências de propriedade e localização prévias”.

A clareza do texto legal não deixa margem para dúvidas acerca da contrariedade com o ordenamento jurídico do terceiro tópico do item 3.4 do edital em comento (fl. 195), que, entre os documentos a serem apresentados no envelope de habilitação, exige, *in verbis*:

3.4. AUTÔNOMO:

[...]

- Certificado de Registro de Veículo, em nome do licitante do ano vigente, ou com as devidas taxas de pagamento, ou documento equivalente;

Trata-se a toda evidência de exigência de propriedade prévia de veículos na fase de habilitação, o que não é permitido pelo art. 30, § 6º, da Lei de Licitações, mesmo que haja pertinência com a prestação do objeto licitado.

Sob esse argumento, esta Corte tem reiteradamente julgado irregular exigência de titularidade de registro de veículo para a prestação de serviços de transporte como condição de habilitação, senão vejamos:

DENÚNCIA. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR. EXIGÊNCIA DE PROPRIEDADE PRÉVIA DOS VEÍCULOS. FALTA DE CLAREZA E OBJETIVIDADE NO EDITAL. IMPRECISÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. RECOMENDAÇÕES.

[...]

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

[...]

Da mesma forma, verifico que as exigências em questão são desarrazoadas e afrontam o disposto no §6º do artigo 30 da Lei 8.666/93, que veda comprovação de propriedade e de localização prévia, e estabelece apenas que as exigências mínimas relativas a instalação 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.

Não faz sentido exigir que o licitante, pessoa física ou jurídica, demonstre possuir, na fase de habilitação, veículo de sua propriedade ou em nome da empresa (item 9.1.2, letra “c” e item 9.4, letra “c”).

Tal exigência só pode ser feita apenas ao licitante vencedor, quando da assinatura do contrato, com vistas a não onerar os demais participantes, e, assim, comprometer a competitividade do certame.

Sobre o tema, esta Corte de Contas tem firmado o entendimento de que não se deve exigir, em edital de licitação para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, o requisito de propriedade de bens ou equipamentos a serem utilizados, conforme disposto no §6º do artigo 30 da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 648/2004; 608/2008; 2915/2013 e 3056/2013, todos do Plenário).¹

DENÚNCIA – PREFEITURA MUNICIPAL – CONCORRÊNCIA PÚBLICA – PERMISSÃO DE EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TÁXI – PROCEDÊNCIA – IRREGULARIDADES – COMPROMETIMENTO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME – APLICADA MULTA AO GESTOR – DETERMINADA A ANULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA – IMPOSTA A INTIMAÇÃO DO RESPONSÁVEL E DO DENUNCIANTE – ARQUIVAMENTO DOS AUTOS, APÓS PROMOVIDAS AS MEDIDAS LEGAIS.

Julga-se procedente a denúncia, considerando-se irregulares: a eleição do critério “maior oferta” para o julgamento da licitação; a ausência de valor da tarifa fixado previamente no edital; os critérios de desempate estabelecidos no edital; a possibilidade de cadastramento de terceiros para atuarem como taxistas pelo permissionário; a exigência de que o atestado médico seja expedido por médico do SUS; a exigência de comprovação de prévia propriedade do veículo e a falta de clareza na definição do objeto do certame. Aplica-se multa ao responsável. Fazem-se determinações à Administração. Intimam-se o denunciante e o denunciado e arquivam-se os autos, após promovidas as medidas legais cabíveis.²

Com efeito, ante a violação ao art. 30, § 6º, *in fine*, da Lei n. 8.666/93, julgo procedente a denúncia quanto à irregularidade do terceiro tópico do item 3.4 do edital de Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015.

B) Utilização indevida do sistema de registro de preços

¹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 911.903. Primeira Câmara. Rel. Cons. Sebastião Helvecio. Sessão de 25/04/17. Grifos adotados.

² Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 898.402. Segunda Câmara. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 21/05/14. Grifos adotados.

Segundo o aditamento ministerial (fls. 347/348), o projeto básico definiu o objeto detalhadamente, o qual, por sua natureza, tem caráter permanente, situação que não se enquadra entre as hipóteses de utilização do registro de preços.

Acerca deste apontamento, as defesas (fls. 363/370 e 402/406) reproduziram parte do artigo “LICITAÇÃO: adoção do Sistema de Registro de Preços por meio de Pregão”, de autoria de Heliana Falci Mota e Amarildo Lourenço Costa³, discorrendo em abstrato sobre as características e o procedimento aplicável ao registro de preços.

Em sede de reexame (fls. 383/385 e 415v/417v), as Unidades Técnicas confirmaram o apontamento, invocando precedentes desta Corte de Contas, estudo que foi ratificado pelo Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo (fls. 426/428v).

O sistema de registro de preços (SRP) foi introduzido no ordenamento jurídico pelos §§ 1º a 6º do art. 15 da Lei n. 8.666/93, os quais traçaram suas linhas gerais e confiaram a regulamentação a decreto do Executivo.

Trata-se de instituto jurídico destinado a agregar eficiência ao gerenciamento das compras públicas, por meio da competição para registro de preços para contratações futuras, nas situações em que a Administração não consegue antever com exatidão os quantitativos imprescindíveis ao atendimento de suas necessidades durante o exercício, evitando a um só tempo o fracionamento de despesa e o desperdício de estoque.

No plano federal, o registro de preços é atualmente regulamentado pelo Decreto n. 7.892/13, que, alinhando-se aos propósitos de sua criação, estabelece as hipóteses de utilização no art. 3º, ora transcrito:

Art. 3º O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:

- I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
- II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;
- III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
- IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Embora de incidência restrita à esfera da União, há que se reconhecer que tal regulamentação, inclusive porque retrata os próprios objetivos do sistema de registro de preços, é seguida na essência pelas normas editadas nos demais planos federativos. É o caso, por exemplo, do art. 4º do Decreto n. 46.311/13 do estado de Minas Gerais, que confere preferência à adoção desse sistema em hipóteses correlatas.

Ao se estabelecer um paralelo entre o caso em tela e as situações descritas no plano regulamentar do sistema de registro de preços, visualiza-se que não há correspondência entre um e outro, uma vez que, como destacado pelo Ministério Público de Contas, o objeto do Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015 consiste em serviço público essencial e contínuo – o transporte escolar – a ser prestado a um único órgão municipal, cujos quantitativos foram previamente definidos com nível de detalhamento no item 2.1 do edital, no Termo de Referência e no Projeto Básico.

³Disponível em: <https://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2009/Heliana.pdf>. Acesso em: 19/11/19.

A descrição dos serviços compreendeu as rotas, a quilometragem, os horários, os turnos e as escolas atendidas, o número de alunos e os tipos de veículo por rota, bem como a previsão de dias letivos, situação que não se afigura coerente com o registro de preços para contratação futura e eventual, haja vista a certeza e a previsibilidade quanto à necessidade e à quantidade do objeto para a satisfação do interesse público.

Confirmam tal raciocínio as orientações emanadas na Cartilha da Controladoria Geral da União, por sua Secretaria Federal de Controle Interno, citada no estudo técnico de fls. 381/395, na qual se responde negativamente ao questionamento acerca da utilização do SRP quando o período de fornecimento e a quantidade sejam de conhecimento da Administração Pública.

Com o mesmo entendimento, o Tribunal de Contas da União considerou irregular a utilização do sistema de registro de preços para contratação imediata de serviços continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados. Eis o enunciado e o resumo do Acórdão n. 1604/2017 do Tribunal Pleno daquela Corte:

ENUNCIADO

A utilização do sistema de registro de preços para contratação imediata de serviços continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados, sem que haja parcelamento de entregas do objeto, viola o art. 3º do Decreto 7.892/2013.

RESUMO

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Prefeitura Municipal de Natal/RN, relacionadas ao Pregão Eletrônico 20.062/2016, que tinha por objeto o registro de preços para contratação de pessoa jurídica especializada na prestação de serviços de apoio operacional e administrativo, de natureza contínua, visando suprir necessidades da Secretaria Municipal de Saúde referentes ao Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (Samu). Quanto à irregularidade consistente na *"utilização indevida do Sistema de Registro de Preços"*, ao apreciar a alegação do Secretário Municipal de Saúde de que *"o motivo da escolha pelo SRP teria sido o atendimento de demandas futuras e imprevisíveis"*, a unidade técnica ponderou que o simples fato de haver possibilidade de aumento futuro da demanda pelos serviços *"não justifica a constituição de uma ata de registro de preços"*. Segundo a unidade instrutiva, o termo de referência do pregão *"demonstra claramente a quantidade de mão de obra a ser contratada para cada serviço a ser prestado pela empresa contratada"*, e o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 *"faculta ao administrador público alterar unilateralmente o contrato celebrado para acrescer ou suprimir em até 25% os serviços contratados, o que representa uma margem razoável"*. E se houvesse necessidade de um aumento superior a 25% dos serviços previstos inicialmente no termo de referência, *"mostrar-se-ia mais coerente realizar uma nova licitação, aumentando a competitividade e possibilitando a contratação de outras empresas interessadas"*. A unidade técnica concluiu então que se tratava da *"contratação imediata de serviços continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados, não havendo parcelamento de entregas do objeto"*, restando, portanto, indevida a utilização do sistema de registro de preços. Em seu voto, o relator acompanhou, no essencial, o entendimento da unidade instrutiva, acrescentando a jurisprudência do TCU no sentido de que *"a ata de registro de preços se encerra ou com o término da sua vigência ou com a contratação da totalidade do objeto nela registrado"*, invocando, para tanto, o Acórdão 113/2012 Plenário. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação, expedindo determinação à Prefeitura Municipal de Natal/RN que *"se abstenha de praticar quaisquer atos tendentes a novas contratações da empresa vencedora dos lotes licitados, bem como de autorizar adesões à ata de registro de preços por outros entes públicos, preservada tão somente a execução do Contrato 182/2016"*, sem prejuízo de dar-lhe ciência de que a *"utilização do sistema de registro de preços para contratação imediata de serviços*

continuados e específicos, com quantitativos certos e determinados, não havendo parcelamento de entregas do objeto", viola o art. 3º do Decreto 7.892/2013.⁴

Por fim, cumpre registrar que esta Corte, em idêntica situação de contratação da prestação de serviço de transporte escolar, considerou inadequada a utilização do registro de preços, nos termos do seguinte excerto:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE VALORES UNITÁRIOS E GLOBAL DOS SERVIÇOS LICITADOS. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO DE ÍNDICES DE LIQUIDEZ CORRENTE E DE ENDIVIDAMENTO SEM OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. INADEQUAÇÃO DA ADOÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. IRREGULARIDADES. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE 1 (UM) ATESTADO DE DESEMPENHO ANTERIOR PARA A COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. REGULARIDADE. PROCEDÊNCIA EM PARTE DA DENÚNCIA. IRREGULARIDADE DO PREGÃO. DETERMINAÇÃO. ADVERTÊNCIA AO ATUAL PREFEITO. ARQUIVAMENTO.

[...]

3) A adoção do Sistema de Registro de Preços é inadequada para a contratação de prestação de serviços de transporte escolar, por não ser serviço que necessite de contratação frequente, remunerado por unidade de medida ou em regime de tarefa e para atendimento de mais de um órgão ou entidade.

[...] ⁵

À vista dessas ponderações, considero procedente o aditamento da denúncia, em face da utilização inadequada do sistema de registro de preços para a contratação de serviço de transporte escolar, quando tenham caráter continuado e sejam específicos, por estarem delimitados o período da prestação e os quantitativos.

C) Ausência de indicação da dotação orçamentária

O Ministério Público de Contas questionou, ainda, a ausência de indicação no instrumento convocatório da dotação orçamentária pela qual correria a despesa (fl. 348).

Sobre a imputação, as defesas asseveraram que, nas licitações para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas para a formalização do contrato (fls. 370/371 e 406).

As Unidades Técnicas (fls. 385v/386v e 417v/418) consideraram que o edital deveria veicular a dotação orçamentária, mas que tal irregularidade foi uma consequência da opção indevida pelo registro de preços.

De fato, o registro de preços não é uma modalidade de licitação e, sim, um mecanismo que a Administração Pública dispõe para formar um banco de preços de fornecedores com vistas a futuras e incertas contratações, haja vista que a existência de preços registrados não obriga o Poder Público a firmar o contrato. Não por acaso, no SRP não há expectativa de direito de contratação, diferentemente do que acontece numa licitação convencional, quando ocorre a adjudicação do objeto ao vencedor.

⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1604/2017. Tribunal Pleno. Rel. Min. Vital do Rêgo. Sessão de 26/07/17. Itálico do original.

⁵ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 951.615. Primeira Câmara. Rel. Cons. Adriene Andrade. Sessão de 14/06/16. Grifos aditados.

Por essa razão, não há que se falar, para esses casos, na obrigatoriedade de indicação da disponibilidade orçamentária a que se refere o artigo 14 da Lei n. 8.666/93. A questão encontra-se, inclusive, consolidada pelo art. 22 do Decreto n. 46.311/13, que regulamenta o SRP no Estado de Minas Gerais, conforme se verifica:

Art. 22. Por não gerar compromisso de contratação, a realização de licitação para registro de preços independe de previsão orçamentária.

No mesmo sentido, tem-se o Decreto n. 7.892/13, que trata do Sistema de Registro de Preços no âmbito da Administração Pública federal, a saber:

Art. 7º A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei n. 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei n. 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado.
[...]

§ 2º Na licitação para registro de preços não é necessário indicar a dotação orçamentária, que somente será exigida para a formalização do contrato ou outro instrumento hábil.

Antes mesmo do advento dos referidos normativos, o Tribunal de Contas da União, quando da apreciação do Acórdão n. 1279/08, já havia se posicionado no sentido de considerar desnecessária a previsão de dotação orçamentária no instrumento convocatório do certame, senão vejamos:

Em razão de ser um mecanismo de obtenção de preços junto aos fornecedores para um período estabelecido, sem um compromisso efetivo de aquisição, entendemos ser desnecessário, por ocasião do edital o estabelecimento de dotação orçamentária. Todavia, por ocasião de uma futura contratação, torna-se imprescindível a dotação orçamentária para custeio da despesa correspondente, na forma do art. 11 do Decreto 3931/2001.

No caso em tela, observa-se que o Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015 teve como objeto o registro de preços para eventual contratação de transporte escolar e, nessa situação, não lhe era obrigatório indicar a dotação orçamentária.

Assim, a ausência da dotação orçamentária no corpo do edital consistiu em uma consequência inerente à adoção do sistema de registro de preços e não configura, *de per se*, uma irregularidade isolada, senão uma desconformidade decorrente de uma opção original equivocada, que deve ser por ela absorvida.

Destarte, entendo que este apontamento ministerial não é procedente.

D) Exigência de alvará de localização e funcionamento para habilitação

Na manifestação preliminar (fls. 348v/349), o Ministério Público de Contas considerou irregular o item 3.2.10 do edital, por veicular a exigência de alvará de localização e funcionamento durante a habilitação, sem amparo nos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93.

Acerca da imputação, as defesas (fls. 371/373 e 406/407) afirmaram que tal exigência encontra guarida no art. 28, V, da Lei n. 8.666/93, indicando precedentes de cortes de contas e de justiça.

A Unidade Técnica ratificou o apontamento ministerial às fls. 386v/388, por considerar que o dispositivo legal citado pela defesa condiciona a exigência da autorização de funcionamento, quando isso for uma decorrência da atividade exercida, o que não seria o caso.

Na manifestação de fls. 418/422, todavia, a Unidade Técnica invocou precedentes desta Corte para demonstrar a existência de divergência de decisões acerca do tema. Por esse motivo, sugeriu desconsiderar o apontamento, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*, com a emissão de recomendação para evitar a inclusão da exigência na fase de habilitação.

O Ministério Público de Contas, no parecer conclusivo (fl. 427v), reconsiderou o posicionamento anterior, ante o novo entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas.

Quanto a regularidade da exigência de Alvará de Localização e Funcionamento (ALF) em edital de licitação, reconheço que a jurisprudência deste Tribunal tem sido oscilante, podendo ser identificadas quatro correntes decisórias recentes nas duas Câmaras.

A primeira delas entende que o ALF não está incluído no rol de documentos de habilitação previstos nos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93 e, por isso, a sua inclusão como exigência no edital do certame é irregular e sujeita o responsável à sanção de multa (Denúncia n. 932.653, Segunda Câmara, Rel. Cons. Wanderley Ávila, sessão de 01/03/18).

A segunda compreende, igualmente, a irregularidade dessa exigência. Porém, deixa de aplicar a penalidade de multa ao responsável, porque considera que se trata de prática corriqueira na Administração Pública, não qualificada pela má-fé e da qual não exsurge prejuízos à concorrência (Denúncia n. 1.007.661, Segunda Câmara, Rel. Cons. Gilberto Diniz, sessão de 14/12/17).

Em sentido diverso, há julgamento deste Tribunal em que a exigência de apresentação de ALF para a habilitação foi considerada regular no caso concreto, tendo em vista a peculiaridade do objeto licitado, qual seja, aquisição de alimentos, que tornaria a submissão do licitante à inspeção da Vigilância Sanitária e a obtenção da licença verdadeira condição “*sinequa non* para o exercício da própria atividade profissional, visto que a falta de autorização de funcionamento da empresa nesse ramo de atividade configura infração sanitária, passível de multa e até de fechamento de estabelecimento.” (Denúncia n. 932.541, Primeira Câmara, Rel. Cons. Sebastião Helvecio, sessão de 28/11/17).

Por fim, a última corrente estabelece a regularidade, genérica e abstratamente, da exigência de ALF, porquanto “independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento”. Assim, a sua apresentação “não constitui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe a competitividade do certame, nem causa prejuízo à Administração ou aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial”, encontrando previsão legal no art. 28, inciso V, da Lei n. 8.666/93 (Denúncia n. 1.031.622, Primeira Câmara, Rel. Cons. Mauri Torres, sessão de 25/09/18).

Inicialmente, filiei-me à primeira dessas linhas jurisprudenciais, na Denúncia n. 1.012.173, de minha relatoria. Inclusive, na oportunidade, destaquei que a exigência do ALF não contava com previsão legal, não tinha correlação com o objeto do certame e afastaria a participação de interessados que, não tendo de antemão a licença, poderiam providenciá-la, caso vencessem a competição.

Entretanto, após detida reanálise da questão, propiciada nos Embargo de Declaração n. 1.071.370, opostos em face da deliberação da Segunda Câmara na sessão do dia 02/05/19, na Denúncia n. 1.012.173, alterei o entendimento do tema, submetendo-me à força de melhores argumentos, com a seguinte fundamentação:

De plano, admite-se que a redação da parte final do inciso V do art. 28 da Lei n. 8.666/93⁶, lida isoladamente, permitiria realmente crer que o ALF estaria expressamente referido como um documento a ser exigido na habilitação jurídica: afinal, trata-se de uma autorização de funcionamento, expedida por órgão competente, em razão da atividade.

Não se olvida que essa primeira impressão poderia ser contraditada pela leitura topográfica da norma, já que essa está inserida em rol de incisos do art. 28, que cuida da habilitação jurídica e possui escopo extremamente restrito. A habilitação jurídica tradicionalmente se refere à capacidade civil do licitante, versando mais sobre Direito Civil e Empresarial do que propriamente de Direito Administrativo⁷. Comprova-o a circunstância de os demais incisos trazerem requisitos como cédula de identidade, registro comercial, ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, etc. Dessa forma, a interpretação do inciso V à luz de seu *caput* conduziria à conclusão de que a mencionada “autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente” seria o ato necessário para conferir capacidade civil à pessoa jurídica, como a autorização do Banco Central para a qualificação de instituição financeira ou da SUSEP para a qualificação de seguradora. O ALF, por conseguinte, estaria excluído do âmbito normativo do art. 28, inciso V, da Lei n. 8.666/93, porque não tem qualquer repercussão com a capacidade civil do licitante.

Nada obstante, a interpretação topográfica não é o único cânone hermenêutico possível. Nesse sentido, as lições das Denúncias n. 1.007.661 e 932.541, relatadas pelos conselheiros Gilberto Diniz e Sebastião Helvecio, respectivamente, são relevantíssimas. Na primeira, constatou-se que a exigência de ALF é uma prática corriqueira na Administração Pública, proveniente de interpretação não aberrante da norma legal e da qual não resulta maiores prejuízos à competição. Na segunda, percebeu-se que, diante do caso concreto, a exigência do alvará, longe de constituir irregularidade, era essencial para que o gestor garantisse que o licitante teria condições de executar adequadamente o objeto. Assim, se a *praxis* administrativa revela ser comum a exigência e que essa, a depender do objeto da licitação, pode ser fundamental à consecução dos objetivos do certame, poder-se-ia, desde logo, concluir que a inclusão do ALF nos itens de habilitação nem sempre seria irregular. A regularidade ou irregularidade teria de ser aferida casuisticamente.

Essa seria uma conclusão minimalista⁸. Penso ser possível levar o raciocínio adiante.

Como demonstrado na Denúncia n. 1.031.622, relatada pelo conselheiro Mauri Torres, o ALF, embora não seja documento essencial para a existência da pessoa física ou jurídica ou para a sua capacidade civil, configura condição essencial para a regularidade jurídica do exercício da atividade econômica no local em que estabelecida. A

⁶Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

V- decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2008, p. 385.

⁸ Sobre o minimalismo judicial conforme CassSunstein, confira-se: OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de; MOURA, Suellen Patrícia. O minimalismo judicial de CassSunstein e a resolução do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: ativismo judicial e legitimidade democrática. *In Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 238-263.

títulosexemplificativo, no âmbito de Belo Horizonte, o anexo XII da Lei Municipal n. 9.959/10 traz a classificação das atividades econômicas para fins de obtenção do ALF; o rol é tão extenso que se torna efetivamente inconcebível que alguma atividade econômica não se submeta à sua disciplina normativa, ainda que por analogia. O procedimento de obtenção do alvará pode variar, conforme o impacto urbanístico e/ou ambiental da atividade, mas é certo que qualquer atividade econômica ensejará a necessidade do licenciamento municipal.

Bem compreendida a função do ALF, isto é, de atestar a adequação do estabelecimento aos parâmetros urbanísticos locais, tem-se que a sua ausência implica *ipso facto* na irregularidade do exercício da atividade econômica perante o Município. Sendo assim, não se pode olvidar que a contratação pública, causa imediata do procedimento de licitação, ostenta notória e importante função de fomento da atividade empresarial. Portanto, seria de todo incompreensível e antijurídico que o Estado (*latu sensu*) pudesse se valer de instrumento jurídico-econômico (contrato administrativo) para fomentar e dar continuidade à atuação do particular que se encontra em situação irregular perante o próprio Estado (leia-se, Município). Em fazendo-o, não apenas vai de encontro à própria regulamentação jurídica que pretende fazer observar, como submete o interesse público primário a risco, uma vez que o contratado que não possui ALF está sujeito à interdição de seu estabelecimento pelo órgão competente, o que poderia levar à paralisação da execução contratual.

Por essas razões, é acertada a última corrente jurisprudencial citada, para a qual o ALF deve ser exigido como requisito de habilitação jurídica, independentemente do objeto da licitação, com fundamento no art. 28, inciso V, da Lei n. 8.666/93. Por mais respeitável que seja a interpretação topográfica deste artigo, ela deve ceder à leitura sistemática e teleológica, que melhor harmoniza as funções do procedimento licitatório e do ALF, produzindo melhores consequências na realidade administrativa ao reafirmar a vigência das normas urbanísticas e salvaguardar o interesse público da inexecução contratual.

A questão possui, ainda, outros desdobramentos a serem trazidos em *obiter dicta*. Nos termos da deliberação da Primeira Câmara na Denúncia n. 1.031.622, assentou-se que, “para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante”. Aquele colegiado caminhou na direção certa; sem embargo, parece ter ido longe demais ao vedar *tout courta* restrição espacial-territorial. Não restam dúvidas de que à Administração será vedado restringir, por razões de conveniência e oportunidade, a localização do estabelecimento dos licitantes, o que se mostraria odiosa discriminação, com perdas para a competição. Entretanto, a depender das circunstâncias do caso concreto, notadamente das peculiaridades do objeto licitado, a restrição pode ser legítima. Dessa forma, parece mais adequado afirmar que, via de regra, a Administração contratante deverá aceitar ALF expedido por qualquer Município do País, devendo as hipóteses excepcionais serem devidamente justificadas mediante exposição das circunstâncias concretas correspondentes.

Dessa forma, estabelecido o novo posicionamento jurídico-abstrato sobre o tema, considero regular a exigência de apresentação de ALF no procedimento licitatório, ressaltando, todavia, que ela deve constar como requisito de habilitação jurídica e não técnica.

E) Ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho

O aditamento ministerial (fls. 349/349v) também suscitou a irregularidade do edital de Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, por não ter exigido a demonstração de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, violando os arts. 29, IV e V, da Lei n. 8.666/93.

As defesas argumentaram que tais exigências constaram no edital nos itens 3.2.2, 3.2.4 e 3.2.7, direcionados às pessoas jurídicas (fls. 373 e 407).

As Unidades Técnicas, nos reexames (fls. 388/389 e 422), confirmaram a assertiva da defesa, no sentido de que o edital trouxe as exigências em relação às pessoas jurídicas, porém entendeu que elas deveriam alcançar também os licitantes sob a condição de pessoa física.

Neste tema, é necessário recordar que os requisitos de habilitação se prestam a demonstrar que os interessados em contratar com a Administração atendem a critérios mínimos indispensáveis à execução do contrato e, como tal, incidem tanto nas licitações propriamente ditas quanto nas contratações diretas derivadas de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

É pacífico na doutrina e na jurisprudência que o rol de requisitos de habilitação, estabelecido nos arts. 28 a 31 da Lei n. 8.666/93, é taxativo, o que implica dizer que qualquer exigência que não esteja ali prevista viola os objetivos legais, por restringir a competitividade.

Resta perquirir se a Administração Pública, sob a ótica inversa, está obrigada a exigir todos os documentos elencados na lei em todas as suas contratações.

As fórmulas utilizadas no texto legal – “conforme o caso”, nos arts. 28 e 29, e “limitar-se-á”, nos arts. 30 e 31 – já fornecem o indicativo da resposta negativa, uma vez que denotam a taxatividade daquela relação, que pode, todavia, variar a depender da situação. O próprio art. 32, § 1º, da Lei n. 8.666/93 autoriza a dispensa, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, em que a reduzida complexidade do certame também recomenda a diminuição das formalidades.

Porém, há outras exigências que, para além de garantir a qualidade da prestação do serviço à Administração, foram estabelecidas dentro de uma política de proteção a direitos e garantias fundamentais de viés constitucional, como é o caso da regularidade perante o INSS, o FGTS e a Justiça do Trabalho, bem como a declaração de atendimento ao art. 5º, XXXIII, referente ao trabalho de menores.

Por essa razão, que transcende a contratação pública em si, entende-se que tais requisitos devem ser exigidos de todos os fornecedores da Administração Pública, não importa o vulto, o objeto ou a origem do contrato, ou, ainda, a natureza do contratado.

Nesse sentido, veja-se a manifestação do Tribunal de Contas da União acerca da documentação de regularidade com o INSS e o FGTS:

Deve ser exigido comprovante de regularidade com o INSS e o FGTS de todos aqueles que contratam com o poder público, inclusive nas contratações realizadas mediante convite, dispensa ou inexigibilidade de licitação, mesmo quando se tratar de compras para pronta entrega (art. 195, § 3º, da Constituição Federal).⁹

No que concerne à comprovação de regularidade perante a Justiça do Trabalho, tem-se também o recente posicionamento desta Corte de Contas, nos seguintes termos:

⁹ Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2575/2009. Tribunal Pleno. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Sessão de 04/11/09.

REPRESENTAÇÃO. CÂMARA MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. BAIXO VALOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PERÍCIA CONTÁBIL. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS RELATIVOS À HABILITAÇÃO DO CONTRATADO. EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO EM MOMENTO ANTERIOR AO DA COTAÇÃO DE PREÇOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A CITAÇÃO DO RESPONSÁVEL. DETERMINAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

[...]

2. Em todos os processos licitatórios, inclusive na hipótese de dispensa ou inexigibilidade, a administração pública deverá exigir do licitante ou futuro contratado a comprovação de sua regularidade com a Justiça do Trabalho, independentemente da natureza do objeto da contratação.

[...]¹º

À vista da obrigatoriedade de tais exigências em todos os modelos de contratação, sem distinção, não se afigura regular a opção observada no edital de Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, que deixou de veiculá-las para os interessados autônomos no item 3.4.

Não procede, portanto, a alegação defensiva de que os requisitos foram previstos para as pessoas jurídicas nos itens 3.2.2, 3.2.4 e 3.2.7, posto que não o foram para os autônomos, que são igualmente destinatários da obrigatoriedade de comprovação de regularidade com a Seguridade Social e com a Justiça do Trabalho.

Assim, incorporando as razões despendidas pelo Ministério Público de Contas e pelas Unidades Técnicas, considero procedente a imputação do aditamento haja vista a ausência irregular de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, previstas no art. 29, IV e V, da Lei n. 8.666/93.

F) Exigência de presença de credenciamento para recebimento das propostas

A manifestação preliminar do Ministério Público de Contas apontou, ainda, a irregularidade do item 4.3 do edital (fls. 349v/350v), que determinava a exclusão do licitante cujo representante credenciado não estivesse presente à sessão de credenciamento.

Em sede defensiva, os responsáveis afirmaram que a Administração pode se valer da exigência da presença física durante o credenciamento para aumentar a possibilidade de negociação durante a sessão de lances (fls. 373/374 e 407/407v).

Os reexames da Unidade Técnica ratificaram o aditamento (fls. 389/390v e 422v).

O credenciamento, nos termos do art. 4º, inciso VI, da Lei n. 10.520/02, consiste em uma fase preliminar da modalidade pregão, em que os interessados comprovam possuírem poderes para representar a empresa e para apresentar propostas. Ainda que o interessado não se credencie, ele poderá apresentar propostas, sendo-lhe vedado, contudo e apenas, participar da fase de lances.

A esse respeito, confira-se o que ensina Jorge Ulysses Jacoby Fernandes¹¹:

¹º Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Representação n. 1.054.021. Rel. Cons. Durval Ângelo. Sessão de 12/03/19.

¹¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. As peculiaridades da Fase Recursal do Pregão. Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos - ILC n. 145, ano XIII, Curitiba: Zênite, Marc. 2006, p.239-244, p. 240. Grifos aditados.

Suponha-se que a Administração rejeite o documento de credenciamento, por reputá-lo defeituoso. O fato deverá ser documentado na ata. Imagine-se que o particular não se satisfaça e insista em participar da fase de lances, alegando equívoco quanto à decisão do pregoeiro de não reconhecer seu credenciamento. A solução mais compatível com os princípios jurídicos será o recebimento dos envelopes do interessado, abrindo-se o de proposta, mas vedando-se ao interessado a participação na fase de lances.

O não credenciamento não implica, portanto, a desclassificação do interessado, mas, sim, o seu impedimento em participar da fase de lances, posicionamento que já foi firmado nesta Corte de Contas, conforme ementa do acórdão a seguir:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA ARMADA E DESARMADA. IRREGULARIDADES. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS COM PENDÊNCIA JUDICIAL. RECUSA DO CREDENCIAMENTO DA DENUNCIANTE E DE APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇO. AUSÊNCIA DE ANEXAÇÃO DA PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS.

[...]

3. O credenciamento, nos termos do art. 4º, inciso VI, da Lei n. 10.520/02, consiste em uma fase preliminar da modalidade pregão, em que os interessados comprovam possuírem poderes para representar a empresa e para apresentar propostas. Ainda que o interessado não se credencie, ele poderá apresentar propostas, sendo-lhe vedado, contudo e apenas, participar da fase de lances. O não credenciamento não implica, portanto, a desclassificação do interessado, mas, sim, o seu impedimento em participar da fase de lances.

4. O pregão eletrônico permite que interessados situados em diversas regiões do país possam participar oferecer propostas e dar lances sem que tenham que estar presentes pessoalmente na sessão de julgamento. Ao realizar o procedimento no ambiente virtual, mais interessados aparecerão e, como consequência, os preços ofertados serão menores.¹²

Não se coaduna com essa linha de entendimento, todavia, a previsão do item 4.3 do edital Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, o qual estabelece que a “ausência do credenciado, no momento da sessão de credenciamento, importará a imediata exclusão do licitante por ele representado, salvo autorização expressa da Pregoeira para receber procuração via fax e o mesmo declarar fidedignidade do documento”.

Tal previsão claramente dificulta e desencoraja a participação de interessados com domicílio distante da sede do município, com conseqüente redução do universo de interessados e restrição da competitividade, contrariando, pois, a dicção do art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Não assiste razão a defesa em sua alegação de que a presença física do credenciado aumenta a possibilidade de negociação, na medida em que, concomitantemente, afasta um grande número de interessados que incidiriam em custo para comparecer à sessão.

Ademais, consoante se visualiza da ata de julgamento de fls. 250/253, dos seis itens licitados, apenas um teve cotação de mais de uma empresa (mesmo assim, somente duas), sendo que o valor do último lance em todos os casos foi exatamente o mesmo valor adjudicado (fl. 328).

¹² Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 898.504. Primeira Câmara. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 24/05/16.

Ou seja, a ilação defensiva não se confirmou concretamente, enquanto a aceitação de propostas encaminhadas por empresas sem credenciamento na sessão poderia ter alterado o panorama dos preços contratados.

Nessa perspectiva, verifico a procedência do aditamento do Ministério Público de Contas, à vista da irregularidade da previsão do item 4.3 do edital, que trata da exclusão do licitante cujo representante credenciado não estivesse presente à sessão, por restringir imotivadamente a competitividade, em violação ao art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93.

G) Previsão de faixa de variação em relação aos preços de referência

O Ministério Público de Contas apontou a irregularidade do item 8.4.6, que fixou a referência de 10% (dez por cento) acima do valor estimado como preço excessivo, por desobedecer ao disposto no art. 40, X, da Lei n. 8.666/93.

Sobre esse ponto, as defesas alegaram que o objetivo da Administração com tal previsão foi apenas o de impor um preço máximo (fls. 374/407v).

Em reexame, a Unidade Técnica em princípio confirmou o apontamento (fls. 390v/392v) e, em um segundo momento, considerou que o percentual indicado não constituiu faixa de variação, mas elemento do cálculo para se chegar ao valor máximo (fls. 423/423v).

No parecer conclusivo (fl. 427v), o Ministério Público de Contas ratificou o primeiro estudo técnico e propôs a emissão de recomendação.

Discute-se aqui a regularidade do item 8.4.6 do instrumento convocatório, que assim dispôs:

8.4.6. Serão considerados **excessivos** valores apresentados na proposta acima de **10% (dez por cento)** dos valores constantes da planilha de estimativa de preço cotado pelo município. [negrito do original]

Segundo o parecer preliminar ministerial, a referida disposição editalícia violou o art. 40, X, da Lei de Licitações¹³, na medida em que criou uma faixa de variação em relação ao preço de referência.

Com a devida vênia, na esteira dos argumentos da defesa e do último estudo técnico, entendo que o que fez o item 8.4.6 foi estabelecer um percentual a ser aplicado aos preços de referência, em operação matemática simples, cujo resultado será o preço máximo da contratação.

Nesse contexto, não há que se falar em irregularidade da cláusula, porquanto coerente com o texto do art. 40, X, da Lei n. 8.666/93, que permite a fixação de preços máximos. Importa registrar, por oportuno, que o preço máximo não corresponde necessariamente ao preço orçado, o que autoriza, a meu sentir, a fixação do limite de valor em patamar superior ao preço de referência, consoante decisão do Tribunal de Contas da União, com o seguinte enunciado:

¹³Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

ENUNCIADO

O "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.

EXCERTO

Voto:

4.2. Vale lembrar que este Tribunal, por meio da Súmula n. 259/2010 deixou assente que a fixação de preços máximos, unitários e globais, é obrigação do gestor apenas quando se trata de obras e serviços de engenharia. Não se tratando desses objetos, essa fixação é meramente facultativa. Como já registrei em outros processos por mim relatados, "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. São conceitos distintos, que não se confundem.

4.3. Portanto, para contratações como a que aqui se examina (prestação de serviço médico hospitalar), a fixação de preços máximos não é obrigatória. Nessas condições e considerando a pouca representatividade da diferença entre os valores de referência e o contratado (2%), penso que se possa excluir o fato das razões para apenação do recorrente.¹⁴

Deste modo, vislumbro a improcedência do aditamento ministerial quanto a esta imputação, por entender que o item 8.4.6 veicula preço máximo e não faixa de variação em relação ao preço de referência.

H) Meios de envio das razões de recurso

Por fim, o aditamento da denúncia considerou irregular o item 10.6 do instrumento convocatório, por vedar a interposição de recursos via *fac-símile*, *e-mail* ou fora dos prazos legais (fls. 351/351v), contrariando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sobre essa questão, a defesa da Senhora Nilzete Maria da Silva e do Senhor Ozanam Oliveira de Farias afirmou que a intenção da Administração "foi de que a motivação do recurso se daria de forma presencial, já que o licitante deveria estar presente na sessão", mas que, "após o recebimento da intenção de interpor recurso de forma regular, em sessão, não haveria nenhum impedimento para que fosse recebido o recurso de outra forma" (fls. 375).

No reexame de fls. 392v/394v, a Unidade Técnica inicialmente ratificou o apontamento, vindo posteriormente a se manifestar pela desconsideração do apontamento às fls. 423v/424, em face do silêncio da lei quanto à forma de entrega dos recursos.

A esse respeito, cumpre transcrever as cláusulas editalícias, *in verbis*:

9. DA IMPUGNAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

9.1. Até 02 (dois) dias úteis, antes da data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do Pregão.

9.2. Não será conhecida a petição de impugnação enviada por *fac-símile*, *e-mail* ou fora do respectivo prazo legal.

[...]

10. DOS RECURSOS

¹⁴ Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 6452/2014. Segunda Câmara. Rel. Min. José Jorge. Sessão de 04/11/14.

10.6. Não serão conhecidos os recursos interpostos, via *fac-símile*, *e-mail* ou fora dos respectivos prazos legais.

Acerca desse tema, cumpre esclarecer que o § 1º do art. 41 da Lei n. 8.666/93 estabelece, de forma geral, que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei, “*devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação*”. Vale ressaltar, no entanto, que o fato de o dispositivo indicar que o recebimento das impugnações pela repartição pública será mediante protocolo não quer dizer que tal protocolização deva ser necessariamente *in loco*.

Isso porque condicionar a apresentação de impugnações à protocolização da documentação na sede do órgão licitante pode, como afirmado pelo Ministério Público de Contas e pela Unidade Técnica, restringir o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, há várias manifestações deste Tribunal, a saber:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS. I. JULGAMENTO PELO MENOR PREÇO POR LOTE. LOTE ÚNICO. JUSTIFICATIVA NA FASE INTERNA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE E VANTAJOSIDADE. II. IMPUGNAÇÕES E RECURSOS LIMITADOS À FORMA PRESENCIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA ESTABELECIDOS NO ARTIGO 5º, INCISO LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE INTENÇÃO DE RECORRER POR PARTE DAS LICITANTES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

[...]

2. Limitar ao meio presencial a possibilidade de impugnar o edital ou oferecer recurso contra as decisões da Comissão Permanente de Licitação constitui flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, devendo ser permitidas as diversas formas de impugnação (presencial, via *fac-símile* e virtual).¹⁵

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. MATERIAIS MÉDICOHOSPITALARES E ODONTOLÓGICOS. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. CONSÓRCIO DE EMPRESAS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL. ORÇAMENTO ESTIMADO EM PLANILHA DE QUANTITATIVOS E PREÇOS UNITÁRIOS. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL E INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. ALTERAÇÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS.

[...]

5. Limitar a apresentação de recursos e impugnações ao meio presencial restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa.¹⁶

Na espécie, para não incorrer nessa falha, seria necessário que a Administração admitisse no instrumento convocatório, ainda que excepcionalmente, outras formas de interposição de impugnações, tais como: pela via postal, por *e-mail* e por *fax*.

¹⁵ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 898.528. Segunda Câmara. Rel. Cons. José Alves Viana. Sessão de 14/06/18.

¹⁶ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia n. 969.107. Primeira Câmara. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 20/09/16.

Aliás, não procede a alegação defensiva de que o edital estabeleceu a forma presencial apenas para a manifestação da intenção de recorrer, uma vez que, como visto, o item 10.6 repetiu a fórmula do item 9.2, o qual cria a mesma restrição para apresentação de impugnações. Verifica-se, portanto, que há uma limitação sistêmica do exercício do contraditório e da ampla defesa no certame. Por essa razão, considero irregular o edital quanto a esse ponto.

I) Responsabilidade

De acordo com a fundamentação acima, foram considerados procedentes os apontamentos referentes à exigência de apresentação de certificado de registro de veículo em nome do licitante na fase de habilitação, à utilização do sistema de registro de preços, à ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, à exigência de credenciamento para recebimento das propostas e à restrição à forma presencial dos meios de interposição de recursos.

Em relação à adoção equivocada do sistema de registro de preços, acolho a proposta ministerial e deixo de aplicar multa por essa irregularidade, considerando que não constitui patente descumprimento de norma expressa e que não ocasionou restrição à competitividade. Ao revés, determino a emissão de recomendação ao gestor municipal, ao presidente da Comissão Permanente de Licitação e ao pregoeiro atuais, para que não utilizem o referido modelo em circunstâncias semelhantes, quando os serviços tenham caráter continuado e sejam específicos, por estarem delimitados o período da prestação e os quantitativos.

No que tange às demais irregularidades reconhecidas, conclui-se que tratam de exigências atinentes à fase de habilitação ou a condições para o recebimento das propostas, bem como à restrição à forma de interposição de recursos, todas veiculadas no edital de Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, elaborado e subscrito pela Senhora Nilzete Maria da Silva, presidente da Comissão Permanente de Licitação, que ainda conduziu toda a fase interna do certame. Verifica-se, portanto, que sua conduta foi decisiva para a concretização das irregularidades, tendo atuado livre, consciente e voluntariamente.

Destarte, como caracterizaram grave infração às normas legais, verifico a hipótese de aplicação de multa a essa responsável, no valor total de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte, sendo R\$ 1.000,00 (mil reais) por cada uma.

De outro lado, não vislumbro a mesma participação nos fatos dos outros agentes indicados como responsáveis, quem sejam o Senhor Ozanam Oliveira de Farias, prefeito municipal à época, e a Senhora Ana Farias de Andrade, secretária municipal de educação à época.

Em relação à última, a única imputação que lhe dizia respeito consistiu na utilização indevida do sistema de registro de preços, para a qual ora proponho a emissão de recomendação.

No que diz respeito ao prefeito municipal, observa-se a sua participação no procedimento licitatório apenas em sua fase final, no ato de autorização da abertura e de homologação do certame, em que atestou que o devido processo legal da licitação fora cumprido (fls. 126 e 336).

Todavia, as irregularidades foram previstas no instrumento convocatório com caráter eminentemente técnico, sendo que a marcha procedimental definida na Lei n. 8.666/93 foi devidamente observada. Ademais, a assessoria jurídica e o controle interno do município emitiram parecer, à fls. 180/182, 184/185, 331 e 333, pela regularidade do edital e da fase externa, gerando legítima expectativa da legalidade do certame a fundamentar a homologação pelo prefeito.

Deste modo, não visualizo a atuação ativa do então prefeito municipal para a concretização das irregularidades, faltando nexos causal entre sua conduta e o resultado que determine sua responsabilização.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia, em face das irregularidades constantes no edital do Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, deflagrado pela Prefeitura Municipal de São Geraldo da Piedade, que consistem na exigência de apresentação de certificado de registro de veículo em nome do licitante na fase de habilitação, na utilização do sistema de registro de preços, na ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, na exigência de credenciamento para recebimento das propostas e na restrição à forma presencial dos meios de interposição de recursos.

Em razão disso, aplico multa, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Orgânica, à Senhora Nilzete Maria da Silva, presidente da Comissão Permanente de Licitação à época e subscritora do edital, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), sendo:

- a) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à exigência de apresentação de certificado de registro de veículo em nome do licitante na fase de habilitação, ante a violação ao art. 30, § 6º, *in fine*, da Lei n. 8.666/93;
- b) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, previstas no art. 29, IV e V, da Lei n. 8.666/93;
- c) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à exigência de credenciamento para recebimento das propostas, por restringir imotivadamente a competitividade, em violação ao art. 3º, *caput* e § 1º, da Lei n. 8.666/93;
- d) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à restrição dos meios de interposição de recursos à forma presencial, violando o contraditório e a ampla defesa.

Afasto a responsabilidade do Senhor Ozanam Oliveira de Farias e da Senhora Ana Farias de Andrade, prefeito municipal e secretária municipal de educação à época, nos termos da fundamentação.

Recomenda-se à Administração que, em certames futuros, não utilize o sistema de registro de preços, quando os serviços tenham caráter continuado e sejam específicos, por estarem delimitados o período da prestação e os quantitativos.

Intimem-se os responsáveis e o denunciante acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ.

(PRESENTE À SESSÃO SUBPROCURADOR-GERAL MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 5/3/2020

RETORNO DE VISTA

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Na denúncia epigrafada, o Sr. Lucas Dias Figueiredo insurgiu-se contra a disposição contida no subitem 3.4 do edital do Pregão Presencial n. 001/2015, promovido pela Prefeitura Municipal de São Geraldo da Piedade, para o registro de preços visando à “contratação de serviços de transporte de alunos das redes municipal e estadual de Ensino e Universitário, durante os períodos escolares, com quilometragens e itinerários estabelecidos que fazem parte integrante deste Edital” (fl. 7).

Na Sessão da Segunda Câmara de 12/12/2019, o relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, proferiu seu voto, consignando a seguinte conclusão:

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia, em face das irregularidades constantes no edital do Pregão Presencial n. 001/2015 – Processo Administrativo de Licitação n. 005/2015, deflagrado pela Prefeitura Municipal de São Geraldo da Piedade, que consistem na exigência de apresentação de certificado de registro de veículo em nome do licitante na fase de habilitação, na utilização do sistema de registro de preços, na ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, na exigência de credenciamento para recebimento das propostas e na restrição à forma presencial dos meios de interposição de recursos.

Em razão disso, aplico multa, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Orgânica, à Senhora Nilzete Maria da Silva, presidente da Comissão Permanente de Licitação à época e subscritora do edital, no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), sendo:

- a) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à exigência de apresentação de certificado de registro de veículo em nome do licitante na fase de habilitação, ante a violação ao art. 30, § 6º, in fine, da Lei n. 8.666/93;
- b) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, previstas no art. 29, IV e V, da Lei n. 8.666/93;
- c) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à exigência de credenciamento para recebimento das propostas, por restringir imotivadamente a competitividade, em violação ao art. 3º, caput e § 1º, da Lei n. 8.666/93;
- d) R\$ 1.000,00 (mil reais), em relação à restrição dos meios de interposição de recursos à forma presencial, violando o contraditório e a ampla defesa.

Afasto a responsabilidade do Senhor Ozanam Oliveira de Farias e da Senhora Ana Farias de Andrade, prefeito municipal e secretária municipal de educação à época, nos termos da fundamentação.

Recomenda-se à Administração que, em certames futuros, não utilize o sistema de registro de preços, quando os serviços tenham caráter continuado e sejam específicos, por estarem delimitados o período da prestação e os quantitativos.

Na sequência da votação, pedi vista dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Da análise dos apontamentos de irregularidade evidenciados na conclusão do voto do relator, verifico que foi aplicada multa no montante de R\$4.000,00 (quatro mil reais) à Sra. Nilzete Maria da Silva, Presidente da Comissão Permanente de Licitação e subscritora do edital, bem como propugnou-se por recomendação à Administração Municipal, para que, em licitações futuras, “não utilize o sistema de registro de preços, quando os serviços tenham caráter continuado e sejam específicos, por estarem delimitados o período da prestação e os quantitativos”.

Relativamente ao apontamento de irregularidade referente à “restrição dos meios de interposição de recursos à forma presencial, violando o contraditório e a ampla defesa”, diferentemente do relator, entendo não ser cabível a aplicação de multa. Isso porque os subitens 9.2 e 10.6 do edital determinaram que não fossem conhecidas somente as petições de impugnação e os recursos interpostos via *fac-símile* ou *e-mail*, não havendo, contudo, a limitação apenas à via presencial, sendo possível, por exemplo, a realização da impugnação ou do recurso pela via postal. Dessa forma, as licitantes interessadas em impugnar ou recorrer não seriam prejudicadas, já que teriam mais de um meio para tanto.

Destaco, ainda, que, embora a cláusula editalícia não contemple amplo rol de formas para a apresentação de impugnação, nem para a interposição de recursos, é possível constatar que não houve manifestação de interesse para impugnar ou recorrer, o que constitui mais uma evidência da inexistência de prejuízo ao certame.

Contudo, recomendo ao atual gestor municipal que, em certames futuros, amplie as formas de impugnação do edital e de interposição de recursos para os meios presencial, eletrônico e pela via postal, a fim de garantir de forma mais efetiva o contraditório e a ampla defesa.

Quanto à “exigência de credenciamento para recebimento das propostas, restringindo a competitividade”, verifico que o subitem 4.3 do edital previu que “A ausência do credenciado, no momento da sessão de credenciamento, importará a imediata exclusão do licitante por ele representado, salvo autorização expressa da Pregoeira para receber procuração via fax e o mesmo declarar fidedignidade do documento”.

In casu, conforme demonstrado na Ata de Julgamento, os representantes das licitantes presentes à sessão de julgamento foram credenciados, com o consequente protocolo dos envelopes contendo as propostas e os documentos de habilitação, não havendo comprovação de qualquer impugnação por possível licitante excluída do certame nesse momento. Além disso, ressei da defesa apresentada pelos Srs. Ozanam Oliveira de Farias e Nilzete Maria da Silva que o objetivo de tal exigência foi o aumento da possibilidade de negociação durante a sessão de lances. Foi, também, consignado pelos defendentes que as quatro participantes do processo licitatório não se manifestaram de forma contrária ao edital (fls. 374 e 375).

Nesse contexto, embora, em certa medida, restritivo o edital nessa parte, diante da previsão da exclusão, de imediato, da licitante que não estivesse com seu representante credenciado ou, por intermédio de procuração, no momento da sessão de credenciamento, no caso em apreço, não houve a comprovação de que a referida cláusula tenha causado qualquer prejuízo à participação na disputa.

Assim, deixo de sancionar o responsável em razão desse apontamento, mas recomendo aos gestores municipais que, na condução dos próximos certames no Município de São Geraldo da Piedade, não seja feita a determinação de exclusão imediata da licitante que comparecer à sessão de credenciamento sem o responsável credenciado.

Em relação à “exigência de apresentação de certificado de registro do veículo em nome do licitante na fase de habilitação”, a despeito de cuidar de apontamento irregular, uma vez que a imposição de apresentação do certificado de registro do veículo somente poderia ser feita no momento da assinatura do contrato, no caso em questão, não pude constatar a ocorrência de prejuízo para a participação no certame, já que todas as licitantes presentes na sessão de julgamento foram habilitadas.

Posto isso, também deixo de sancionar a Sra. Nilzete Maria da Silva, no que tange a esse apontamento. Recomendo ao atual gestor, todavia, que, em certames futuros, a exigência de apresentação do certificado de registro do veículo somente seja feita no momento da assinatura do contrato.

Por fim, no tocante à “ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho para os licitantes autônomos”, há desconformidade do edital com as exigências estatuídas pela Lei n. 8.666, de 1993, especialmente aquelas assentadas no art. 27, que condicionam a apresentação da documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista para a habilitação nos processos licitatórios. E, no caso analisado, havia, no edital, a possibilidade de o licitante autônomo contratar motoristas para a condução do veículo escolar, o que, por conseguinte, ensejaria a comprovação de tais exigências para fins de habilitação no certame.

Para além disso, apuro que, no Pregão Presencial n. 001/2015, estiveram presentes quatro licitantes, sendo a Transportadora Irmãs Silva Ltda. – ME a única pessoa jurídica, ao passo que os Srs. Paulo da Costa, Milton Pereira da Silva e José Aparecido Pinto participaram como autônomos. Desse modo, constato que a irregularidade ora examinada ensejou tratamento diferenciado entre os licitantes, o que denota violação ao princípio da isonomia, porquanto o edital estabeleceu uma condição para as pessoas jurídicas com interesse em licitar, mas não a fez em relação aos licitantes autônomos.

Em razão dessa particularidade, acompanho o relator para considerar irregular a “ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, previstas no art. 29, IV e V, da Lei n. 8.666/93”, pelo que voto pela aplicação de multa de R\$1.000,00 (mil reais) à Sra. Nilzete Maria da Silva, Presidente da Comissão Permanente de Licitação e signatária do edital.

Em razão do entendimento por mim defendido, também considero responsável pelo fato examinado o Sr. Ozanam Oliveira de Farias, Prefeito Municipal de São Geraldo da Piedade, na qualidade de autoridade responsável pela homologação do certame, por considerar que, no ato de homologação da licitação, o agente público atesta a regularidade de todo o procedimento licitatório, devendo, assim, ser responsabilizado pelas irregularidades dele decorrentes. Por essa razão, aplico multa de R\$1.000,00 (mil reais), com fulcro no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 2008, também ao Sr. Ozanam Oliveira de Farias, Prefeito do Município de São Geraldo da Piedade.

Recomendo, ainda, ao atual gestor, que, em certames futuros, a exigência dos comprovantes de regularidade perante a Justiça do Trabalho e a Seguridade Social seja feita a todos os licitantes, a fim de observar o princípio da isonomia.

III – DECISÃO

Diante das razões expendidas na fundamentação, abrindo divergência parcial ao voto proferido pelo relator, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, julgo parcialmente procedentes os apontamentos lançados na denúncia e, com fulcro no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 2008, aplico multa à Sra. Nilzete Maria da Silva, Presidente da Comissão

Permanente de Licitação e subscritora do edital do Pregão Presencial n. 001/2015, no valor de R\$1.000,00 (mil reais), somente em decorrência da irregularidade referente à “ausência de exigência de regularidade perante a Seguridade Social e a Justiça do Trabalho, previstas no art. 29, IV e V, da Lei n. 8.666/93”.

Em virtude dessa mesma irregularidade, e também com fundamento no inciso II do art. 85 da Lei Complementar n. 102, de 2008, aplico multa de R\$1.000,00 (mil reais), ao Sr. Ozanam Oliveira de Farias, Prefeito do Município de São Geraldo da Piedade, autoridade responsável pela homologação do certame.

Acompanho a recomendação proposta pelo Relator, relativamente à não utilização do sistema de registro de preços quando os serviços licitados tiverem caráter continuado e forem específicos. Porém, recomendo ainda que, em certames futuros: a) sejam ampliadas as formas de impugnação do edital e de interposição de recursos para os meios presencial, eletrônico e pela via postal, a fim de garantir de forma mais efetiva o contraditório e a ampla defesa; b) não seja feita a determinação de exclusão imediata da licitante que comparecer à sessão de credenciamento sem o responsável credenciado; c) a exigência de apresentação do certificado de registro do veículo somente seja feita no momento da assinatura do contrato; e d) os comprovantes de regularidade perante a Justiça do Trabalho e a Seguridade Social sejam exigidos de todos os licitantes.

Cumpram-se as disposições do art. 364 da Resolução n. 12, de 2008, e, ao final, atendidos os demais procedimentos regimentais pertinentes, bem como as medidas estatuídas na Resolução n. 13, de 2013, arquivem-se os autos.

É como voto.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Esta Presidência acompanha a divergência parcial do Conselheiro Gilberto Diniz, votando com o mesmo.

APROVADO O VOTO DO CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ; VENCIDO, EM PARTE, O CONSELHEIRO RELATOR.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR GLAYDSON SANTO SOPRANI MASSARIA.)

* * * * *

ahw/kl/ms

DENÚNCIA N. 1031622

Denunciado: Prefeitura Municipal de Bocaiuva
Denunciante: Marco Antônio Berg
Responsáveis: Marisa de Souza Alves, Prefeita Municipal de Bocaiuva, Flávia Pereira de Avelar Almeida, Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva, e Ana Angélica Perpétuo, Pregoeira da Prefeitura de Bocaiuva
Procurador: Aelson Alves dos Santos, OAB/MG n. 68.254
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Melo
RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. TRANSPORTE ESCOLAR. PRELIMINAR. VÍCIO NO ATO DE CITAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO DA SUGESTÃO DO ÓRGÃO TÉCNICO E DO QUESTIONAMENTO SUSCITADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. MÉRITO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. PREVISÃO DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO SEM NOTIFICAÇÃO DO CONTRATADO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. RECOMENDAÇÃO.

1. Não há que se falar em vício na citação, se o Aviso de Recebimento (AR) do comunicado do ato de citação não tiver sido assinado pelo próprio responsável ou interessado, desde que a correspondência tenha sido encaminhada ao domicílio ou à residência do destinatário e que tenha a identificação de quem a recebeu.

2. O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento.

3. Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a

apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-se que, para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante.

4. Viola os princípios do contraditório e da ampla defesa a previsão de cláusula que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Primeira Câmara

28ª Sessão Ordinária – 25/09/2018

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia formulada pelo Sr. Marco Antônio Berg em face do edital de licitação do Pregão Presencial n. 002/2018, lançado pela Prefeitura Municipal de Bocaiuva, com o intuito de selecionar a proposta mais vantajosa visando a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para a prestação de serviços de transporte escolar, a serem executados em regime de empreitada pelo menor preço do Km rodado por itinerário.

Preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 301 do Regimento Interno deste Tribunal, a documentação de fls. 01/60 foi recebida como Denúncia, conforme despacho de fl. 63, tendo o Conselheiro Presidente determinado a devida autuação e distribuição do feito.

Assim, os autos foram distribuídos à minha relatoria, fl. 64, quando, mediante despacho de fl. 65, determinei o encaminhamento do feito à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, que elaborou o estudo de fls. 66/85 com a urgência requerida em virtude da proximidade da data de realização da sessão de lances do Pregão.

À vista das irregularidades apontadas no sobredito estudo técnico, considerei no despacho de fls. 87/88 que não se justificava o prosseguimento da presente ação de controle e, por isso, ao invés de determinar a citação dos responsáveis, encaminhei os autos ao Órgão Ministerial, que apresentou entendimento contrário ao desta relatoria no parecer de fls. 89/92.

Na sequência, revi minha posição inicial e determinei a citação dos responsáveis, que não se manifestaram.

Seguiu-se a análise técnica de fls. 103/105 e a juntada da defesa de fls. 110/112, apresentada intempestivamente pela Sra. Ana Angélica Perpétuo, Pregoeira da Prefeitura de Bocaiuva.

Por fim, encaminhei os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, que opinou às fls. 115/119.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar: nulidade do feito em virtude de vício no ato de citação

Às fls. 108/109 a Unidade Técnica erizou dúvida quanto a citação das responsáveis, porque elas não apuseram assinatura nos Avisos de Recebimento (AR's) juntados às fls. 97/99 e não apresentaram defesa.¹

Desse modo, e ao sopesar que a Diretoria da Secretaria da Primeira Câmara certificou a regular citação das responsáveis, o Órgão Técnico sugeriu, como medida de segurança jurídica, a citação das responsáveis por edital.

O Ministério Público junto ao Tribunal, por sua vez, às fls. 115/119, suscitou preliminar de nulidade da citação das responsáveis ao fundamento de que não foram observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório em relação às Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar Almeida, Prefeita Municipal de Bocaiuva e Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva, respectivamente.

O *Parquet* de Contas argumentou, em síntese, que no caso em apreço as referidas agentes públicas não foram citadas, porquanto constam dos AR's de fls. 97 e 99 assinaturas de terceiros estranhos à relação processual, a saber, Eusany V. Faria e Lindaura de Souza. Logo, segundo o Órgão Ministerial, não foi atingido o objetivo do ato citatório, de oferecer às responsáveis o direito à ampla defesa e ao contraditório, consagrado no inciso LV do art. 5º da Constituição da República.

Afirmou o *Parquet* especializado que o § 1º do art. 172 do Regimento Interno deste Tribunal dispõe que a ausência de citação é considerada nulidade absoluta e, nesse sentido, citou doutrina que entende militar em prol de sua alegação.

E, por fim, o Órgão Ministerial concluiu que *“impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito, com relação às **Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar**, [...], devendo ser a presente Denúncia arquivada [...] por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido”*. (Destaque do texto)

Em que pese os argumentos apresentados pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, esta Corte de Contas já se manifestou acerca da matéria e, nessa linha, refutou o questionamento quanto à nulidade de citação em virtude de constar no Aviso de Recebimento (AR) do mandado de citação a assinatura de terceiros. Nessa toada, cito a decisão proferida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 03 de dezembro de 2014, na apreciação dos Recursos Ordinários n. 911.718, 911.701 e 911.717, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, cujo trecho da fundamentação transcrevo abaixo:

O Tribunal de Contas possui autonomia para regulamentar os processos administrativos de sua competência constitucional, jungido – por óbvio e sempre – pelos princípios gerais do processo e, mais especialmente aqui, pela garantia ao contraditório e à ampla defesa.

Foi justamente guindado por essa tônica que a Casa promoveu alteração na norma regimental e também em sua Lei Orgânica a fim de que as citações, quando realizadas por via postal, não necessariamente devessem se dar única e exclusivamente à pessoa do próprio citando, constituindo-se como válida somente se ele apusesse sua assinatura.

¹ Registra-se, a propósito, que até então a Sra. Ana Angélica Perpétuo, Pregoeira da Prefeitura de Bocaiuva, não tinha apresentado sua defesa, vindo a fazê-lo depois da conclusão do estudo da Coordenadoria Técnica.

Ao dispor sobre a citação e a intimação, realizada nos autos dos processos de controle que tramitam nesta Corte, o art. 78 da Lei Complementar 102/2008 cita, dentre os meios admitidos, a “por via postal ou telegráfica”.

Regulamentando a matéria, o art. 166, §2º, da Resolução n. 12/2008 determina que as citações realizadas por via postal serão comprovadas mediante juntada aos autos do aviso de recebimento entregue no domicílio ou residência do destinatário, contendo o nome de quem a recebeu.

Não há nenhuma norma específica no âmbito desta Casa que determina a necessidade de que a citação ou a intimação sejam subscritas pelo próprio destinatário. De se registrar que a garantia ao contraditório e à ampla defesa não deve ser buscada de forma desarrazoada e irrefletida, de molde a, inclusive, engessar a própria tramitação processual – melhor dizendo, funcionando como verdadeiro óbice à constituição da relação processual.

Inclusive, conforme bem colocado pelo relator dos autos principais, Conselheiro Cláudio Couto Terrão, não seria razoável exigir e esperar que o próprio Presidente da Câmara assinasse todos os comprovantes de recebimento das correspondências a ele endereçadas. Até porque nem sempre seria possível encontrá-lo no local de trabalho, uma vez que muitas das variadas atribuições típicas do cargo são exercidas em ambientes diversos da sede do Legislativo, como reuniões e viagens oficiais a outros Municípios.

Além disso, cita-se o entendimento já consolidado nesta Casa em relação ao tema, conforme se depreende dos Recursos Ordinários n. 896.564², 851.439 e 851.440³ e da Denúncia n. 838.897⁴.

Não se pode dizer, igualmente, que haveria no caso em tela cerceamento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto tinham os gestores ciência das obrigações constitucionais assumidas – no caso, a de realizar concurso público para o preenchimento dos cargos vagos –, e da possibilidade de aplicação de penalidades por esta Corte em caso de descumprimento das normas jurídicas que regulam a matéria.

Inclusive, cabe ao Presidente da Câmara Municipal ao assumir as funções de Chefe de Poder, organizar-se para receber adequadamente a correspondência que lhe é encaminhada e, internamente, dar-lhes o devido andamento. No caso em análise, em relação ao Sr. José Antônio Coelho de Carvalho – Presidente do Legislativo Municipal à época – não há dúvidas de que a carta citatória foi devidamente entregue àquele órgão, sendo recebida por servidora ocupante do cargo de Auxiliar de Serviços Gerais, o que, nos termos da Lei Complementar 102/2008, evidencia a regularidade da citação.

Não bastassem todas essas colocações, vale mencionar também que o entendimento no âmbito da Justiça do Trabalho é o de que a citação postal possa ser recebida por terceiro que não o próprio citando⁵. Por força da impessoalidade da citação postal (art. 841, §1º da

² Pleno. Recurso Ordinário n. 896.564. Relator: Conselheiro Mauri Torres. Julgado em 30/10/2013.

³ Pleno. Recurso Ordinário n. 851.440. Apenso: Recurso Ordinário n. 851.439. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Julgado em 20/03/2013.

⁴ 1ª Câmara. Denúncia n. 838.897. Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Preliminar de mérito que trata da matéria julgada em 19/02/2013.

⁵ Conforme se extrai dos seguintes autos: ROAR - 1167/2002-000-06-00.5 Data de Julgamento: 19/08/2008, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de

CLT) atingiu-se maior celeridade na tramitação dos processos na justiça trabalhista – que é exatamente o que se pretende na Corte de Contas.

Cito também o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça⁶ trazido na decisão ora recorrida, que considerou válida a citação por Aviso de Recebimento realizada no âmbito do processo de execução fiscal – que é igualmente normatizado por lei especial, tal qual os procedimentos realizados no âmbito desta Corte de Contas.

Embora os regramentos especiais que regulam os processos de execução fiscal, os da Justiça do Trabalho e do Tribunal de Contas façam menção à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – o qual, por seu turno, impõe que a citação seja recebida pelo próprio citando ou por quem detenha poderes específicos para tanto –, tal fato não desautoriza que haja disposição distinta daquela, com vistas a proporcionar um trâmite mais eficiente dos processos. E foi exatamente isso que se deu em todos os casos: fez-se constar do regramento previsão genérica de que a citação poderá ser feita pela via postal, sem a exigência de que seja por mãos próprias.

Por óbvio, cristalino é que a aplicação subsidiária somente tem lugar secundário nos processos desta Corte. E aplicação secundária não significa acatar exigências que restrinjam o desenvolvimento do processo, quando a norma própria do órgão foi editada de forma genérica justamente pretendendo o contrário: dar celeridade ao ato citatório.

Por todo o exposto, deixo de acolher a preliminar de mérito de nulidade citatória suscitada pelos recorrentes.

Destaco, também, a decisão proferida na Sessão da Primeira Câmara do dia 1º de julho de 2014 no julgamento da Inspeção Ordinária n. 759.634, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio:

O Ministério Público junto a esta Corte (fl. 323/325), diante do fato de que os Avisos de Recebimento (AR) acostados aos autos não foram subscritos por seus destinatários (fl. 304/305), entende que não se pode presumir que a citação tenha sido efetivada, e, por isso, pugna para que seja determinada nova citação, sob pena de desrespeito à ampla defesa e ao devido processo legal.

É pacífico nesta Corte de Contas que não há nulidade na citação ainda que o AR tenha sido subscrito por terceiro.

O art. 78 da Lei Orgânica deste Tribunal (LC n. 102/08) autoriza a citação por via postal, ao passo que o Regimento Interno (Res. n. 12/08) estabelece, no § 2º do art. 166, que as citações realizadas por via postal serão comprovadas mediante juntada aos autos do aviso de recebimento entregue no domicílio ou residência do destinatário, contendo o nome de quem a recebeu, sem, contudo, exigir que a entrega do mandado seja feita em mão própria.

Mesmo porque, ressalte-se, o Aviso de Recebimento em Mãos Próprias, previsto no antigo Regimento Interno desta Corte (Res. n. 10/96, art. 229, § 1º), não por acaso, não foi contemplado pelo Regimento atualmente em vigor, tratando-se de evidente caso de

Publicação: DJ 29/08/2008; AIRR - 541/2004-061-15-40.2 Data de Julgamento: 27/06/2007, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/08/2007.
6 STJ: RECURSO ESPECIAL nº 1.168.621 – RS (2008/0275100-1), Relator Ministro Mauro Campbel Marques.

silêncio eloquente do legislador, não havendo outra interpretação senão compreendê-lo como extinto na atual prática desta Corte de Contas.

Pelo exposto, com fundamento nas jurisprudências desta Corte acima transcritas, não acolho a preliminar de nulidade arguida pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal e considero válidos os atos de citação das Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar Almeida, respectivamente, Prefeita Municipal de Bocaiuva e Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva.

Mérito: exigência de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação da licitação e previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Conforme expus no relatório supra, tão logo recebi em meu Gabinete os autos da Denúncia em epígrafe, instei o exame da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL).

Desse modo, sobreveio aos autos o estudo técnico de fls. 66/85, no qual a Unidade Técnica (a) examinou as 21 (vinte e uma) irregularidades apontadas pelo denunciante, (b) confirmou a procedência de 03 (três) dessas irregularidades, (c) ponderou que era desarrazoada a suspensão liminar do certame e (d) sugeriu a baixa dos autos em diligência para instruí-los com vistas à complementação da análise técnica. Convém, nessa esteira, transcrever a conclusão da Unidade Técnica:

24. CONCLUSÃO

Do exame dos termos da denúncia, face à documentação de fls.62/741, entende-se como irregular:

1. Exigência de alvará de funcionamento.
2. Ausência de notificação de rescisão contratual.
3. Ausência do orçamento estimado em planilha de custo unitário e valor global como anexo do edital.

Entretanto, em que pesem as irregularidades apontadas, esta Unidade Técnica, neste momento, entende não ser razoável a suspensão do certame, pelas seguintes razões:

- 1 – Há divergência de entendimento nesta Corte de Contas quanto às irregularidades 1 e 3 citadas;
- 2 - Já foi realizada a sessão pública para abertura dos envelopes na data de 08/02/2018, às 08:00;
- 2 - A suspensão do certame pode levar a Administração a fazer a contratação direta por meio da dispensa de licitação e pagar pelo serviço um preço superior ao preço da licitação.
- 3 – O transporte escolar para atender as necessidades do Município é considerado de relevância pública.
- 4 – Ocorrência do *periculum in mora* inverso, pois a suspensão poderá prejudicar as atividades da administração pública e comprometer o período letivo que já iniciou.

Isto posto, numa ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da proporcionalidade, este Órgão Técnico entende ser a suspensão do certame prejudicial à administração pública e à coletividade. Logo, a continuidade da licitação deve ter-se por necessária, sendo, no momento, a solução menos gravosa ou onerosa para alcançar o fim público.

Considerando que não foi possível analisar todos os pontos da denúncia em razão da ausência nos autos das fases interna e externa do certame, esta Unidade Técnica sugere que os autos sejam baixados em diligência a fim de que a Sra. Marisa de Souza Alves, Prefeita Municipal, e a Sra. Ana Anjelica Perpétuo, Pregoeira e subscritora do edital, fl. 20, sejam intimadas para que enviarem a esta Corte de Contas toda a fase interna e externa deste certame para complementação deste estudo técnico, quanto aos tópicos:

- 1 - Da numeração e rubrica das páginas do edital;
- 2 - Do período letivo escolar.

Após, os autos podem retornar a esta Unidade Técnica para análise conclusiva.

Compulsando o mencionado estudo técnico, conclui que não se justificava a continuidade da Denúncia n. 1.031.622, pois, a uma, entendia que era regular a exigência de alvará de localização e funcionamento nos prélios seletivos, a duas, avaliei que a ausência de notificação da contratada para rescisão contratual não comprometia, restringia ou frustrava o caráter competitivo da licitação, e, a três, compreendia que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e global deve constar da fase interna do procedimento licitatório, e não como anexo do edital.

Por outro lado, no que diz respeito aos apontamentos de irregularidades cujo exame não foi possível em face dos elementos contidos nos autos, para os quais a Unidade Técnica sugeriu a baixa dos autos em diligência, considere que a adoção dessa medida não traria nenhum resultado útil ao processo.

A esse respeito, peço vênia aos meus pares para reportar *in totum* as razões que ampararam meu convencimento acerca da desnecessidade de prosseguimento do feito e da diligência proposta pelo Órgão Técnico:

Em face das irregularidades apontadas pela Unidade Técnica, situadas dentre as 21 (vinte uma) denunciadas, anoto que:

1. Entendo que é cabível a exigência de alvará de localização e funcionamento, como documento de habilitação do licitante. A propósito, o colegiado da Primeira Câmara tem admitido a exigência do mencionado documento para fins de habilitação. Nesse sentido cito a decisão proferida na denúncia n. 924098, conforme ementa a seguir transcrita.

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS DE AR, PROTETORES DE PNEUS E SERVIÇOS DE RECAPAGEM DE PNEUS USADOS. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA SOBRE A DATA DE FABRICAÇÃO DE PNEUS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. REGULARIDADE NA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. RECOMENDAÇÕES.

[...].

4) O alvará de localização e funcionamento constitui documento expedido pela Prefeitura Municipal ou por outro órgão competente do Município que autoriza a prática de determinada atividade num estabelecimento empresarial, levando-se em conta o horário de funcionamento do estabelecimento, o local em que será exercida a atividade, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o

sossego público e a higiene sanitária, dentre outros critérios. Desse modo, independentemente da natureza das atividades exercidas (podendo, ou não, terem impacto sanitário ou ambiental), o estabelecimento empresarial somente funcionará de forma regular se o empresário ou sociedade empresária estiver munida do alvará de localização e funcionamento, cuja obtenção encontra-se submetida à legislação do Município em que for instalado o estabelecimento.

5) Nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 4º, XIII, da Lei nº 10.520/2002, a Administração Pública está autorizada a exigir, como requisito de habilitação jurídica, a apresentação de alvará de localização e funcionamento. Acrescenta-se que, para não haver restrição à competitividade da licitação, a Administração Pública deve aceitar alvará expedido por qualquer Município do País, sem criar discriminações acerca do domicílio do estabelecimento empresarial da licitante.⁷

2. Em relação à ausência de notificação para rescisão contratual, entendo que a cláusula do item V, XIV do edital, fl. 19, não compromete, restringe ou frustra o caráter competitivo da licitação. Ademais, pondero que a preponderância da Lei n. 8.666, de 1993, e do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal em face do contrato é suficiente para afastar a aplicabilidade da indicada cláusula, motivo pelo qual avalio que uma recomendação dirigida aos responsáveis, no sentido de notificar previamente o contratado, assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório no caso de se verificar atraso na prestação do serviço em prazo superior a 48:00 horas, mesmo no caso de reincidência, como prevê o ato convocatório, bastaria para assegurar a efetividade da ação de controle desta Corte.

3. Tenho entendido que o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários e global deve constar da fase interna do procedimento licitatório e não como anexo do edital, como avalia a Unidade Técnica. De mais a mais, verifico às fls. 24/27 que a Administração inseriu no Anexo I do ato convocatório o preço máximo aceitável, de modo que esta informação pode nortear os licitantes na formação do preço e na concepção de uma proposta firme, séria e consistente no certame, sem prejuízo deles recorrerem à Administração, em legítimo exercício do direito de petição assegurado na Constituição da República, para ter acesso à fase interna do procedimento licitatório.

No que tange aos 2 (dois) apontamentos de irregularidades remanescentes, para os quais a Unidade Técnica sugere a baixa dos autos em diligência visando a remessa a esta Corte da íntegra do procedimento licitatório, entendo que o acolhimento desse encaminhamento é despiciendo em face da matéria que será examinada.

Com efeito, a eventual falta de numeração e rubrica das páginas do edital demandaria de minha parte a emissão de recomendação aos responsáveis para não reincidir na falha.

No tocante à ausência do calendário escolar junto com o edital, o denunciante se limitou em apontar a omissão, não precisando qual seria o embasamento legal para exigí-lo em sede de licitações ou sua utilidade para fins de elaboração da proposta e participação na licitação. Avalio que esse calendário é desnecessário para os fins buscados no certame, especialmente se considerado que a unidade de medida adotada pela Administração para

⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Denúncia n. 924098. Relator: Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. Primeira Câmara. Sessão do dia 07/02/2017.

remunerar os futuros contratados é o quilômetro rodado, cuja estimativa foi revelada no edital às fls. 24/27. Registro, por fim, que em busca na rede mundial de computadores (internet) verifiquei que nenhum licitante foi eliminado da disputa em virtude da falta do calendário escolar junto ao edital. A conferir:

TRANSPORTE ESCOLAR: Em Bocaiuva, Transporte Escolar começa a rodar na Quarta-Feira.

[...].

Com a contestação do processo licitatório, a Prefeitura ficou impedida de realizar a contratação das empresas vencedoras e que por isso optou-se por contratar o serviço de forma temporária.

[...].

O início do ano letivo começa nesta Segunda-Feira (19/02) em todo o Estado de Minas Gerais, porém o Transporte Escolar em Bocaiuva só começará a rodar na próxima Quarta-Feira (21/02). Essa foi a informação passada pela Secretária de Educação do Município de Bocaiuva, Flavia Avelar, durante uma entrevista no Programa “Frente a Frente” pela Rádio Clube do último Sábado (17/02). Flavia iniciou sua participação no programa dando uma boa notícia ao afirmar que o Governo do Estado já havia pago as quatro das cinco parcelas atrasadas referentes ao recurso destinados ao serviço do Transporte Escolar nos municípios e que a quinta parcela já havia sido creditada estando disponível nesta Segunda-Feira. Recentemente a Prefeitura Municipal de Bocaiuva informou que a prestação do serviço de transporte de alunos para as escolas públicas da cidade ficariam suspensos até que o Governo quitasse a dívida que tinha com o Município neste setor.

Com o pagamento das parcelas atrasadas, o problema foi resolvido e o setor de licitação do Executivo abriu o processo licitatório para contratação das empresas que iriam realizar os serviços nas linhas do transporte. Mas, **segundo a Secretária Flavia Avelar, um dos concorrentes na licitação que havia apresentado documentação incompleta sendo impedido de participar do processo, contestou sua exclusão e com isso a licitação está paralisada até o parecer técnico.** Com a contestação, a Prefeitura ficou impedida de realizar a contratação das empresas vencedoras da licitação e que por isso optou-se por suspender o processo licitatório para a contratação de serviços temporários até que se supere todos os tramites burocráticos. Flavia esclareceu que, por este motivo, não houve tempo hábil para que as empresas contratadas temporariamente iniciassem os serviços nesta Segunda quando acontece o início do ano letivo, mas que já está tudo certo para que o transporte escolar esteja rodando normalmente na próxima Quarta-Feira.

Durante a entrevista, a Secretária aproveitou para enaltecer a sua equipe de trabalho frente a Pasta de Educação do Município que, segundo ela, conseguiu no ano de 2017 economizar quase um Milhão Reais oferecendo uma merenda escolar

de melhor qualidade e com uma demanda de 200 alunos a mais que o ano de 2016.⁸
(Grifou-se)

Ante o exposto, ao tempo em que manifesto meu entendimento de que não se justifica dar prosseguimento à ação de controle externo em relação ao Pregão Presencial n. 002/2018, encaminho os autos ao Ministério Público para emissão de parecer.

Em sua manifestação preliminar, o Ministério Público junto ao Tribunal anotou que a função de controle abrange os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e razoabilidade de atos capazes de gerar receita ou despesa pública e com amparo nessa premissa validou 02 (duas) irregularidades apontadas pela Unidade Técnica, quais sejam, exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação da licitação e previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Como a Unidade Técnica, em seu reexame, havia sugerido a citação das responsáveis por edital e tendo em mira que as razões contidas na defesa apresentada extemporaneamente pela Sra. Ana Anjelica Perpétuo, Pregoeira e subscritora do edital, não modificaram minha convicção sobre a matéria denunciada, remeti os autos diretamente ao Órgão Ministerial, que na manifestação conclusiva de fls. 115/116 ratificou as irregularidades inicialmente apontadas nos seguintes termos:

No presente caso, verifica-se a existência de irregularidade na **exigência de alvará de localização e funcionamento na fase de habilitação**, conforme se infere na leitura do subitem 2.6, item 02 do Título VIII do instrumento convocatório em testilha, tendo em vista que tal documento não se encontra descrito no rol dos artigos 27 a 31 da Lei federal nº 8.666/93, e nem no artigo 4º, inciso XIII, da Lei federal nº 10.520/2002.

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

Ademais, verificou-se vício na **previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado**, na hipótese de atraso superior a 48 horas na entrega dos serviços, conforme Subitem 4 do Título XIV – Sanções Administrativas.

Ora, tal previsão editalícia é inconstitucional e ilegal, pois, nesse caso, o Município deve instaurar o competente processo administrativo, em que seja formalmente motivado o caso de rescisão ou de não renovação do contrato, e assegurado o contraditório e a ampla defesa, sob pena de restar caracterizado desvio de finalidade ou de poder por parte da Administração.

De acordo com o art. 78, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93, é necessário que haja motivação em todos os casos de rescisão, bem assim o contraditório e a ampla defesa.

Sobre a matéria, transcreve-se a lição de Jessé Torres Pereira Júnior:

Caráter da norma. Geral, **indispensável que é a observância do direito fundamental inscrito no art. 5º, LV, da Constituição Federal**.

⁸ Disponível em: <<http://rsena.com.br/2018/02/19/transporte-escolar-em-bocaiuva-transporte-escolar-comeca-rodar-na-quarta-feira/>>. Acesso em 22 fev. 2018.

[...]

Ao outorgar, aos “acusados em geral”, em processo judicial ou administrativo, o direito à ampla defesa e ao contraditório, **a Constituição da República fixa a premissa, que é de lógica formal, de que haverá defesa onde houver acusação.** Isto porque a acusação imputa a alguém a prática de violação contra norma jurídica (legal, administrativa ou contratual) de que poderá resultar a imposição de penalidade ou a supressão de direito. [...] **tal ato, se expedido sem a audiência do contratado, poderia encobrir ilegalidade ou abuso que o parágrafo sob exame quer prevenir, ao determinar que haja motivação em todos os casos de rescisão, bem assim o contraditório e a ampla defesa.**

[...]

A possível supressão do direito à execução de contrato celebrado torna devida a proteção que se embute no exercício do contraditório. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 801-802). (Grifo nosso).

Desta feita, torna-se imprescindível que essa Corte de Contas não se exima das suas atribuições constitucionais. Ao contrário, que atue em todas as frentes asseguradas pelo ordenamento jurídico: pedagogicamente, preventivamente, repressivamente, a fim de desestimular a reiteração de práticas ilícitas de tal natureza, aplicando-se as sanções e recomendações cabíveis à espécie.

Exaurida a instrução do feito, não vislumbro motivos para alterar o juízo inaugural que formei acerca da presente ação de controle, isto é, de que a Denúncia n. 1.031.622 deve ser julgada parcialmente procedente, porém, sem aplicação de multa.

Nesse sentido, em reforço dos argumentos que teci ao tempo em que registrei minha visão de que não se justificava a continuação do feito no âmbito desta Corte, acrescento que em recentíssima decisão o Colegiado da Primeira Câmara assentou o entendimento de que a exigência de apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento na fase de habilitação não configura irregularidade. Refiro-me ao julgado proferido na Sessão do dia 21 de agosto de 2018 na Denúncia n. 986.744, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, excertos a seguir replicados:

2.4. Exigência de alvará municipal de localização e licença para funcionamento do estabelecimento

[...]

Na Lei n.º 10.520/02 – Lei do Pregão, faculta-se a inserção, no instrumento convocatório, de exigências específicas quanto à qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira para fins de habilitação, quando for o caso, a saber:

“Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

[...]

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, **com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à**

habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira”.
(destaquei)

Ademais, no inciso V do art. 28 da Lei n.º 8.666/93, faz-se expressa menção à possibilidade de inclusão da autorização para funcionamento entre os requisitos de habilitação. Nesse sentido a manifestação do Ministério Público na Denúncia n.º 944.779, na qual se tratou de objeto similar ao deste processo:

“32. Em nosso sentir, a exigência de alvará de funcionamento encontra amparo legal no art.28, V, in fine, do Estatuto Licitatório, que assim dispõe:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

[...]

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

33. Com a devida vênia, entendemos que o alvará de funcionamento não pode ser melhor conceituado senão como o documento que concretiza autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, o que o faz abarcado pelo dispositivo legal citado e, por isso, perfeitamente admissível entre as condições de habilitação jurídica.

34. Inclusive, em nossa opinião, a previsão legal de inclusão dessa exigência para fins de habilitação é pertinente e de salutar importância para a qualidade da contratação pública.

35. Afinal, como se reconhecer apta à prestação de um serviço público, até mesmo requerendo demonstrações financeiras e técnicas, se a empresa sequer detém autorização da municipalidade em que está sediada para funcionar?

36. Especialmente na situação presente, em que se objetiva a contratação de empresa para o transporte escolar de alunos matriculados na rede municipal de educação, verifica-se com maior clareza a relevância da observância de normas mínimas de segurança que permitam o funcionamento de um estabelecimento, sem as quais o serviço evidentemente não será prestado com a qualidade pretendida.”

Desse modo, verifico que a supramencionada exigência editalícia para a habilitação jurídica das licitantes objetivou assegurar à Administração a contratação que melhor atendesse ao interesse público, cujas principais diretrizes se consubstanciam na eficiência, na economicidade e na moralidade.

A apresentação de Alvará de Localização e Funcionamento do licitante não constitui exigência excessiva ou desarrazoada, não restringe a competitividade do certame, nem causa prejuízo à Administração ou aos particulares, mas seleciona os interessados que efetivamente tenham condições de executar os serviços licitados, já que o documento solicitado é indispensável para o exercício da atividade empresarial. Isso posto, afastado a imputação de irregularidade examinada neste tópico.

Em igual sentido foram as decisões proferidas nos Recursos Ordinários n. 997.669 e n. 997.722, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, examinados na Sessão do Tribunal Pleno do dia 04 de outubro de 2017, e na Denúncia n. 932.541, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, apreciada na Sessão da Primeira Câmara do dia 28 de novembro de 2017.

No que tange à previsão de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado, é forçoso concluir que cláusula editalícia nesse sentido colide frontalmente com os primados do contraditório e a ampla defesa.

No entanto, conforme já havia outrora obtemperado, o edital da licitação, como ato administrativo que é, queda-se manietado em face da preponderância da Lei n. 8.666, de 1993, e do inciso LV do art. 5º da Constituição da República, bastando ao contratado, em se configurando no mundo dos fatos a hipótese de sobrevir o ato de rescisão da avença sem sua prévia notificação, invocar a proteção legal e constitucional para se opor ao império da Administração.

De todo modo, sabendo dos proveitos que uma ação pedagógica pode causar no âmbito da Administração, convém a esta relatoria, com o intuito de conferir efetividade aos princípios do contraditório e da ampla defesa, dirigir recomendação às responsáveis para que insiram nos editais de licitação cláusula que preveja a notificação prévia do contratado no caso de rescisão unilateral do contrato.

III – VOTO

Por todo o exposto, julgo parcialmente procedente a Denúncia n. 1.031.622 e considero irregular a cláusula editalícia do Pregão Presencial n. 002/2018 que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado.

Deixo, no entanto, de aplicar multa às responsáveis por entender que uma ação pedagógica no caso em exame é suficiente para garantir a efetividade da missão constitucional de fiscalização confiada a este Tribunal.

Nesse sentido, determino que seja dada ciência desta decisão às responsáveis, as quais apresento recomendação para que insiram nos editais de licitação cláusula que preveja a notificação prévia do contratado no caso de rescisão unilateral do contrato de modo a conferir densidade aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Intimem-se as responsáveis desta decisão, por via postal e DOC.

Cumpridas as disposições regimentais, arquivem-se os autos com fundamento no inciso I do art. 176 da Resolução n. 12, de 2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** não acolher a preliminar de nulidade arguida pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal e considerar válidos os atos de citação das Sras. Marisa de Souza Alves e Flávia Pereira de Avelar Almeida, respectivamente, Prefeita Municipal de Bocaiuva e Secretária Municipal de Educação de Bocaiuva; **II)** julgar, no mérito, parcialmente procedente a Denúncia n. 1.031.622 e considerar irregular a cláusula editalícia do Pregão Presencial n. 002/2018 que prevê a hipótese de rescisão unilateral do contrato sem notificação do contratado; **III)** deixar de aplicar multa às responsáveis por entender que uma ação pedagógica no caso em exame é suficiente para

garantir a efetividade da missão constitucional de fiscalização confiada a este Tribunal; IV) determinar que seja dada ciência desta decisão às responsáveis, e recomendar para que insiram nos editais de licitação cláusula que preveja a notificação prévia do contratado no caso de rescisão unilateral do contrato de modo a conferir densidade aos princípios do contraditório e da ampla defesa; V) determinar a intimação das responsáveis desta decisão, por via postal e DOC; V) determinar o arquivamento dos autos com fundamento no inciso I do art. 176 da Resolução n. 12, de 2008, cumpridas as disposições regimentais.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 25 de setembro de 2018.

MAURI TORRES

Presidente

Relator

(assinado eletronicamente)

jc/jb

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

**Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência**