



Secretaria de Controle Externo
Conselheiro Valter Albano da Silva
Telefone: 3613-7595 / 7624 / 7185 / 7189 / 7113
e-mail: secex-valteralbano@tce.mt.gov.br

TCE/MT
Fls. 1
Rub. _____

RELATÓRIO DA DEFESA

PROCESSO	:	8.753-0/2013 (AUTOS DIGITAIS)
PRINCIPAL	:	PREFEITURA MUNICIPAL DE LUCAS DO RIO VERDE
ASSUNTO	:	DENÚNCIA
INTERESSADO	:	ALBERTO ALMEIDA COSTA CORREIA
GESTOR	:	OTAVIANO OLAVO PIVETTA
RELATOR	:	CONSELHEIRO VALTER ALBANO DA SILVA
AUDITOR	:	FLÁVIO VIEIRA

PREZADO SENHOR SECRETÁRIO,

Trata-se de relatório de análise da defesa encaminhada pelo Prefeito do Município de Lucas do Rio Verde, Sr. Otaviano Olavo Pivetta (Protocolo n. 2950-D de 13/01/2014), em face da denúncia digital (Protocolo n. 87530-D de 01/04/2013), formalizada pelo senhor Alberto Almeida Costa Correia em desfavor dessa municipalidade, versando sobre a suposta existência de vícios e ilegalidades no edital do Pregão Presencial 31/2013, que teve como objeto o registro de preços para futura e eventual aquisição de materiais de construção destinados à manutenção dos prédios públicos da Administração municipal.

I - CONTEXTUALIZAÇÃO

Alegava o denunciante (Documento Digital n. 52929/2013) que o edital do Pregão Presencial 31/2013 continha exigências que acabariam por restringir a ampla isonomia entre os interessados em participar do certame, em afronta aos princípios basilares da Lei de Licitações e Contratos (Lei 8.666/93).

Em seu pleito, protocolizado neste TCE em 01/04/2013, requereu liminarmente a suspensão da sessão de abertura das propostas marcadas para 04/04/2013 e, no mérito, a anulação ou modificação da cláusula contida no edital por ele

considerada abusiva, que a seguir se transcreve:

“8.3.3. Prova de que a empresa está em plena atividade, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da presente Licitação, que deverá ser comprovado através do Alvará de Funcionamento da empresa, exercício 2012/2013”.

Após recebida a denúncia, o Conselheiro Valter Albano da Silva, no julgamento singular 1243/VAS/2013, de 04 de abril de 2013, negou a liminar pleiteada de suspensão da licitação e, na determinação de que fosse citado o gestor para pronunciar-se acerca do teor da denúncia, fez consignar recomendação para que este se abstinhasse de conceder adesões à Ata de Registro de Preços, ou que celebrasse contratos dela decorrentes, até deliberação final do presente processo.

Na sequência, o Prefeito de Lucas do Rio Verde opôs Recurso de Embargos de Declaração em razão de alegada existência de contradição entre parte da fundamentação e do dispositivo do julgamento singular que negou pedido cautelar formulado pelo Sr. Alberto Almeida Costa Correia para suspender o Pregão Presencial 31/2013.

Argumentava o embargante a existência de incompatibilidade nos posicionamentos consignados pelo Relator na decisão singular, posto que inicialmente o julgador não vislumbrou razões suficientemente capazes de ensejar a suspensão cautelar da licitação, mas ao final do dispositivo, fez consignar recomendação ao gestor para abster-se de autorizar adesão à Ata de Registro de Preços ou à celebração de contratos dela decorrente.

Admitido o Recurso pelo Conselheiro Relator em 25/04/2013, foram os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas, que se manifestou pelo provimento dos Embargos Declaratórios, a fim de que fossem aclaradas as contradições e omissões apontadas.

Por meio do Acórdão 1.406/2013-TP, de 14 de maio de 2013, os Senhores Conselheiros, por unanimidade, acompanhando o voto do Conselheiro Relator Valter

Albano da Silva e o Parecer do Ministério Público de Contas, deram provimento aos Embargos de Declaração interpostos pelo Prefeito de Lucas do Rio Verde em face da decisão proferida em anterior julgamento singular, e determinaram a **exclusão** da recomendação ao gestor municipal de abster-se de conceder adesões à Ata de registro de Preços e, por via de consequência, de celebrar contrato com a empresa vencedora do certame, até deliberação final da denúncia acerca de supostas irregularidades no Pregão Presencial 31/2013.

Em relatório da denúncia emitido pela SECEX da 2ª Relatoria em 26 de novembro de 2013, o Secretário de Controle Externo sugeriu ao Relator a citação do Prefeito de Lucas do Rio Verde para prestar esclarecimentos sobre o seguinte achado de auditoria:

4.1. Constatação de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que restrinjam a competição do certame licitatório (GB 03 – Licitação – Grave).

4.1.1. Constatação, no Edital do Pregão Presencial n. 31/2013, de exigência vedada pela Lei de Licitações e Contratos na Administração Pública, sendo inobservado o disposto no art. 30, § 5º, da Lei Federal n. 8666/1993.

II - ANÁLISE DE MÉRITO

A seguir, passa-se à apresentação pormenorizada dos relevantes apontamentos enunciados pela denúncia, com a evidenciação dos argumentos trazidos aos autos pela defesa dos gestores e consequente análise de mérito desta auditoria:

Denúncia:

Principais trechos da denúncia:

(...)

Trata-se do item 8.3.3 abaixo transcrito in verbis:

“8.3.3. Prova de que a empresa está em plena atividade, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da presente Licitação, que deverá ser comprovado através do Alvará de Funcionamento da empresa, exercido 2012/2013”.

De fato, a presença da indigitada cláusula ultrapassa o rol de documentos aptos a comprovar a regularidade fiscal e trabalhista dos licitantes interessados em participar de certames públicos, documentos estes que, repita-se, foram taxativamente elencados no artigo 29 da Lei de Licitações.

Sobre a impossibilidade de ampliação do conteúdo das exigências previstas na Lei 8.666/93, o mestre Marçal Justen Filho⁵ ensina que:

“Não se admite a ampliação das exigências previstas no art. 29, especialmente para o fim de exigir a comprovação de ausência de débitos de outra ordem, que não os previstos no referido dispositivo legal”.

Note-se, Excelência, que a requisição do item 8.3.3 do Edital, qual seja, apresentação de Alvará de Funcionamento da empresa, exercício 2012/2013, não possui qualquer relação com os documentos necessários à comprovação da regularidade fiscal e trabalhista das empresas, mormente se compararmos com aqueles elencados no artigo 29 da Lei 8.666/93!

Isto que dizer que, além de extrapolar o rol taxativamente estabelecido da Lei de Licitações, a adoção de apresentação de Alvará de Funcionamento da empresa não se justifica em razão inexistência de vinculação jurídica com as demais exigências habilitatórias relativas à regularidade fiscal e trabalhista.

Marchando coerentemente com o raciocínio do supracitado doutrinador, a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União - TCU assentou que:

*“9.4. determinar à Fundação Universidade de Brasília (FUB) que: 9.4.4. evite incluir requisitos de habilitação de regularidade fiscal além da documentação prevista no art. 29 da Lei 8.666/93, a exemplo de certidões de regularidade sindical, negativa de débito salarial e negativa de infrações trabalhistas.”
(Acórdão nº 1.979/2006, Plenário, rei. Min. Walton Alencar Rodrigues).*

Tratando-se especificamente da inclusão de exigência de Alvará de Funcionamento como documentação relativa à habilitação, é certo que o TCU já se pronunciou

quanto a sua irregularidade, conforme ementa abaixo transcrita, verbis:

“REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO. DESCUMPRIMENTO DOS TERMOS DO A TO CONVOCA TÓRIO. EXIGÊNCIA INDEVIDA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES. COMUNICAÇÃO À REPRESENTANTE. ARQUIVAMENTO.

1 - A exigência de alvará de funcionamento como documentação relativa à qualificação técnica, favorecendo licitantes que tenham domicílio em determinado lugar, restringe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da isonomia, contrariando a vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e o numerus clausus da enumeração feita pelo art. 30 do mesmo diploma.

2- O estabelecimento de requisito de apresentação de um número mínimo de atestados é possível desde que represente um equilíbrio entre a manutenção do caráter competitivo da licitação e o interesse da Administração em garantir a boa execução dos serviços. ” (Acórdão nº 2.194/2007, Plenário, rei. Min. Raimundo Carreiro) - grifo nosso

Destarte, e como bem salientou a supracitada decisão do TCU, a manutenção da exigência de apresentação de Alvará de Funcionamento ora guerreada restringe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da isonomia, reduzindo, conseqüentemente, a participação de fornecedores e gerando prejuízo ao Poder Público, que não poderá optar por outros licitantes que eventualmente ofereçam melhores condições.

Portanto, além de ferir a isonomia, legalidade e competitividade (amplo acesso à licitação) esmiuçados alhures, a retromencionada cláusula restritiva viola também os princípios da proporcionalidade, finalidade, moralidade e economicidade da licitação, na exata medida que limita o acesso de empresas ao certame.

Nesse sentido, cabe lembrar que o Agente Público deve agir com discricionariedade, sem afastar-se de seu objetivo principal, que é o pleno atendimento do interesse público. Desta forma, as decisões administrativas devem encontrar amparo em justificativas fundadas no bom senso, contudo há que se ressaltar que a qualidade do que é razoável está sempre adstrita aos limites do

aceitável perante a legalidade e a finalidade do ato. Esse bom-senso se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem da lei tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei e sua literalidade que o seu espírito e os fins da Administração. Enuncia-se com esse princípio que a Administração, ao atuar com discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional.

Ademais, o princípio da proporcionalidade envolve ponderação acerca da importância dos valores e interesses envolvidos, no ângulo específico da relação entre meios e fins a realizar, ou seja, o sacrifício produzido pela adoção de certa medida não pode ser excessivo ou intolerável para os interessados.

No mesmo passo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirma o entendimento em epígrafe:

“O precedente tem grande utilidade por balizar a atividade de julgamento das propostas pelo Princípio da Proporcionalidade. Não basta comprovar a existência do feito. É imperioso verificar se a gravidade do vício é suficientemente séria, especificamente em face da dimensão do interesse público. Admite-se, afinal, a aplicação do princípio de que o rigor extremo na interpretação da Lei e do edital pode conduzir à extrema injustiça ou ao comprometimento da satisfação do interesse público”. (MS nº 5.418/DF).

(...)

Defesa:

Principais trechos da defesa encaminhada pelo gestor:

(...)

Ressalte-se que o edital do Pregão nº 31/2013 visou assegurar iguais oportunidades a todos os interessados visando a selecionar a proposta mais vantajosa para a celebração de contrato, desde que atendidas às disposições do ato convocatório.

O procedimento realizado na origem foi pautado na mais estrita legalidade e probidade, ademais foi observada a estrita vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que da análise detida dos autos não se verifica exigências

absurdas, entendidas como as que, não sejam relevantes diante do interesse que se pretende alcançar com o certame adotado no caso concreto.

Tem-se que a Administração buscou impor essas providências acautelatórias, com vistas a atender os princípios que a informam, que são a isonomia e o interesse público. Assim, é imperioso inserir no contexto o que dispõe a doutrina nas palavras do Professor Marçal Justen Filho sobre os documentos habilitatórios:

Existe, portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e os requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, como derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação. Essa margem de discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento constitucional, no já referido art. 37, inc. XXI da CF/88. A Constituição não admite exigências que superem o mínimo necessário para assegurar a obtenção pela Administração de uma prestação de qualidade adequada¹.

1 FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., pag. 379 e 380. São Paulo:2008. Editora Dialética.

No caso em comento, verifica-se que a empresa denunciante não impugnou o edital do Pregão Presencial nº 031/2013, portanto, em nenhum momento houve qualquer tipo de questionamento sobre o documento solicitado.

*Ademais, cumpre salientar que o documento exigido, embora entendido pela denunciante como excessivo, irrelevante ou desnecessário, **não restringiu a participação de licitantes no certame, conforme cópia da ata de sessão que comprova a participação de 19 (dezenove) empresas no Pregão Presencial nº 031/2013 (doc. anexo 02).***

Com o expressivo número de empresas participantes, tal exigência não pode ser considerada como restritiva, pois se trata de documento comum e necessário para o funcionamento de qualquer empresa. Além disso, se denota do edital que a Administração Pública resguardou-se em prever expressamente que o alvará exigido poderia ser referente ao ano/período de 2012 ou 2013, para que não houvesse qualquer limitação dos participantes, atendendo aos princípios do art.

3º, da Lei 8.666/93.

Deve-se considerar ainda que a restrição de caráter competitivo ocorre quando a **exigência de apresentação do alvará de funcionamento favorece licitantes com domicílio em determinado lugar, conforme Acórdão TCU 2194/2007**

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO. DESCUMPRIMENTO DOS TERMOS DO ATO CONVOCATÓRIO. EXIGÊNCIA INDEVIDA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DETERMINAÇÕES. 1 - **A exigência de alvará de funcionamento como documentação relativa à qualificação técnica, favorecendo licitantes que tenham domicílio em determinado lugar, restringe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da isonomia, contrariando a vedação do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e o numerus clausus da enumeração feita pelo art. 30 do mesmo diploma.** 2 - O estabelecimento de requisito de apresentação de um número mínimo de atestados é possível desde que represente um equilíbrio entre a manutenção do caráter competitivo da licitação e o interesse da Administração em garantir a boa execução dos serviços.

No caso em tela, não houve favorecimento a nenhum licitante, a igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, elementos implícitos no conceito de moralidade, não foram afastados com a exigência de apresentação do alvará de funcionamento como documento de habilitação.

Sendo assim, não cabe a alegação de que esta exigência trouxe restrição ao certame, quando **toda e qualquer empresa legalmente constituída e habilitada para o comércio ou prestação de serviços deve obrigatoriamente possuir o Alvará de Funcionamento vigente.** Aliás é tal documento a garantia para o Ente contratante que a empresa participante do certame está devidamente regular com os demais órgãos fiscalizadores, como por exemplo o corpo de bombeiros, a vigilância sanitária, os órgãos ambientais, entre outros.

(...)

Dessa forma, a exigência do Alvará de Funcionamento não prejudicou a Denunciante, tão pouco restringiu sua participação no certame. Até porque a

exigência de tal documento atende ao princípio da isonomia (art. 3º, da Lei 8.666/93), na medida que incumbe a Administração Pública exigir de todos os participantes sua regularidade (art. 27, I e IV e art. 29, da Lei 8.666/93), inexistindo, portanto, qualquer dos requisitos que frustre a competição da licitação, sendo imperativo a rejeição da denúncia apresentada.

Análise de mérito:

As licitações na modalidade pregão regem-se pela Lei 10.520/02, que em seu art. 4º, inciso XIII, prescreve que *“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”*. (Grifou-se)

Por conta da regra insculpida no art. 9º desse diploma, que estabelece a aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei de Licitações e Contratos, tem-se que os requisitos de habilitação devem obedecer ao disposto nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93. No entanto, a Lei 10.520/02 introduziu algumas modificações significativas relacionadas aos limites das exigências admissíveis em matéria de habilitação.

Autor abalizado acerca do assunto, Joel de Menezes Niebuhr assevera que, *“no tocante à modalidade pregão, o inciso XIII do art. 4º da Lei 10.520/02 prescreve que a habilitação jurídica far-se-á na conformidade com o edital. Isto é, a Administração, responsável pelo edital, goza de discricionariedade para definir as exigências de habilitação jurídica, não precisando ater-se ao rol dos documentos previstos no art. 28 da Lei no 8.666/93.”*

Nessa linha de raciocínio, o gestor deve exercitar suas competências discricionárias para estabelecer os requisitos de habilitação sem desviar-se da estrita e direta relação com o objeto contratual pretendido, de modo que as exigências editalícias sejam sempre necessárias e úteis para cada caso concreto.

Em se tratando do Pregão Presencial 31/2013, a partir do desdobramento

das condições habilitatórias contidas na Cláusula 8.3.3., depreende-se, como objetivos claros pretendidos pela Administração na elaboração da exigência, precipuamente dois, quais sejam: 1) conhecer se o licitante encontra-se efetivamente em atividade ao tempo da licitação; e 2) confirmar se o ramo de atividade do licitante guarda compatibilidade com o objeto almejado.

As duas exigências que compõem a condição habilitatória da cláusula 8.3.3. se configuram plenamente úteis, pertinentes e proporcionais, quando analisadas no universo do caso concreto. Note-se que não há, ainda que de forma indireta ou subliminar, qualquer referência secundando a exigência do alvará que resulte no favorecimento ou no prejuízo de licitante, em decorrência de sede ou domicílio.

Destaque-se que o próprio julgado colacionado aos autos pelo denunciante (Acórdão nº 2.194/2007, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro), comunga desse entendimento, quando estabelece que *“a exigência de alvará de funcionamento como documentação relativa à qualificação técnica, favorecendo licitantes que tenham domicílio em determinado lugar, restringe o caráter competitivo do certame e fere o princípio da isonomia, contrariando a vedação do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e o numerus clausus da enumeração feita pelo art. 30 do mesmo diploma.”* (Grifou-se)

Com efeito, tais exigências acautelatórias empreendidas pela Administração encontram respaldo na própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, que permite estabelecer “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

No Julgamento Singular 551/2009, acerca do Processo 14.981-0/2009, o Exmo Conselheiro Valter Albano admitiu como válida a exigência editalícia de Alvará de Funcionamento, asseverando o seguinte em seu voto:

“O Alvará de Funcionamento nada mais é do que a autorização de funcionamento de uma atividade aberta ao público, levando em conta o local, o tipo de atividade, o meio ambiente, a segurança, a moralidade, o sossego público, etc, sendo exigido por segurança para apurar a idoneidade e a capacidade de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Diante do exposto e considerando que a exigência de alvará é necessária

para resguardar a execução efetiva do objeto licitado, e tendo em vista que tal exigência não restringe a competitividade, uma vez que de regra as empresas somente poderão funcionar regularmente se tiverem autorização para tanto, nego a liminar pleiteada por não vislumbrar os requisitos do periculum in mora e fumus boni iuris, que autorizariam a suspensão da licitação na modalidade pregão, sem prejuízo do acompanhamento e fiscalização da referida licitação por técnicos deste Tribunal de Contas e posterior julgamento de mérito pelo Tribunal Pleno.”

Por fim, corroborando o entendimento de que as exigências contidas na Cláusula 8.3.3. do instrumento convocatório não resultaram, na prática, em restrição à ampla participação de empresas interessadas em participar do certame, a ata da sessão de julgamento das propostas de preço do Pregão Presencial 31/2013 registra a participação de 19 (dezenove) licitantes ofertantes de lances.

III – CONCLUSÃO

A partir do convencimento de que a Cláusula 8.3.3. do Edital do Pregão Presencial 31/2013 não apresenta exigências excessivas ou restritivas da competitividade, em afronta ao princípio da isonomia, opina-se pela improcedência da denúncia e pela desconsideração do achado de auditoria apontado inicialmente no relatório preliminar desta SECEX (Documento Digital n. 298054/2013).

Secretaria de Controle Externo da Relatoria do Conselheiro Valter Albano da Silva, em Cuiabá-MT, 14/02/2014.

FLÁVIO VIEIRA
Auditor Público Externo
Subsecretário de Controle Externo



Secretaria de Controle Externo
Conselheiro Valter Albano da Silva
Telefone: 3613-7595 / 7624 / 7185 / 7189 / 7113
e-mail: secex-valteralbano@tce.mt.gov.br

TCE/MT
Fls. 12
Rub. _____

Ex.^{mo} senhor Conselheiro Relator,

Ratifico a sugestão técnica e encaminho o processo para as providências cabíveis.

ROBERTO CARLOS DE FIGUEIREDO

Secretário de Controle Externo