Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 1754/2016

PROCESSO TC/MS	: TC/3033/2015
PROTOCOLO	: 1566541
TIPO DE PROCESSO	: PROCESSO LICITATÓRIO ADM
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE DOURADOS
JURISDICIONADO	: MARCIO WAGNER KATAYAMA
INTERESSADO	: 1-GRANFER CAMINHÕES E ONIBUS LTDA 2- GUITON INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS HIDRAULICOS LTDA
VALOR	: R$ 608.000,00
RELATOR	: CONS. JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE CAMINHÃO – EDITAL – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA – DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA – NÃO POSSIBILIDADE – IRREGULARIDADE – MULTA.

É irregular o procedimento licitatório no qual não são observados os princípios do formalismo moderado e da vinculação ao instrumento convocatório, sendo o edital interpretado de forma restritiva, desclassificando empresa concorrente, o que enseja a aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 19ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 20 de setembro de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em declarar a irregularidade do Procedimento Licitatório realizado na modalidade Pregão Presencial n° 108/2014, em razão da desclassificação das empresas Ecosol Soluções Ecológicas Ltda. e D.A. Marques O Mineiro Eirelli – EPP, com base no conteúdo do item 8.2.1., II, “a” e “b”, do Edital, ocorreu de forma equivocada, já que elas apresentaram as Declarações de garantia e de assistência técnica, conforme solicitado no edital, entendendo por oportuno apresentar os números de telefone e endereços dos Centros de Atendimento Técnicos em Dourados, a partir do início do atendimento, ou seja, a partir da data da entrega do bem ao adquirente, com aplicação de multa de 100 (cem) UFERMS ao Sr. Marcio Wagner Katayama, Secretario Municipal da Fazenda do Município de Dourados, pela prática das infrações decorrentes das irregularidades a que se referem os termos dispositivos do inciso I, com infringência aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório disposto no *caput* do art. 3º, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e do formalismo moderado, e em desatendimento ao disposto no art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666, de 1993.

Campo Grande, 20 de setembro de 2016.

Conselheiro **José Ricardo Pereira Cabral** – Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral-Relator

A matéria dos autos trata do procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Dourados, por meio do Pregão Presencial n. 108, de 2014, tendo como objeto a aquisição de caminhão cabine simples e cesto aéreo para o uso em serviços de iluminação pública.

Os documentos foram examinados pela 1ª Inspetoria de Controle Externo – 1ª ICE (ANA n. 17591/2015, peça n. 22), que considerou irregular o procedimento licitatório realizado na modalidade de pregão presencial.

Posteriormente, o Procurador do Ministério Público de Contas emitiu o Parecer GAB.5 DR.JOAOMJR-17499/2015 (peça n. 23), opinando:

> *"1. pela ilegalidade e irregularidade, da formalização do procedimento licitatório Pregão Presencial nº 108/2014 (1ª fase) nos termos do 120, I, da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013 c/c art. 59, III da Lei Complementar nº 160/2012, em virtude da utilização das declarações exigidas no item 8.2.1, II, "a" e "b" do edital de licitação como critério de desclassificação de licitantes, contrariamente às disposições do art. 4º, inciso X da Lei nº 10.520/02; e disposição editalícia (item 8.2.1, II, "b" – "Declarações"), referente à demonstração de locais de assistência técnica situados apenas no município de Dourados, excessiva e restritiva à competitividade no certame, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93;*
>
> *2. pela aplicação de multa ao ordenador de despesas, Sr. Murilo Zauith, nos termos do artigo 44, inciso I da Lei Complementar nº 160/2012, com fundamento no art. 42, incisos IX da Lei Complementar nº 160/2012, pela prática de ato administrativo sem a observância dos requisitos formais e materiais exigidos;*
>
> *3. Pela recomendação ao responsável pelo Órgão - Sr. Murilo Zauith, para que previna a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas, conforme demonstrado no presente parecer, nos termos do Inciso IV, do Artigo 172, da RN/TCE/MS nº 076/2013; (...)".*

É o Relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral-Relator

Analisando o conteúdo dos autos, verifico que o procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Dourados, por meio do Pregão Presencial n. 108, de 2014, não atendeu integralmente aos requisitos da Lei (federal) n. 10.520, de 2002, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e das determinações contidas na Instrução Normativa TC/MS n. 35, de 2011.

A análise técnica feita pela 1ª ICE apontou no relatório (peça n. 22, fl. 350) as seguintes irregularidades no âmbito do procedimento licitatório:

> *"1. Utilização das declarações exigidas no item 8.2.1, II, "a" e "b" do edital de licitação como critério de desclassificação de licitantes, contrariamente às disposições do art. 4º, inciso X da Lei nº 10.520/02; e*
>
> *2. Disposição editalícia (item 8.2.1, II, "b" – "Declarações"), referente à demonstração de locais de assistência técnica situados apenas no município de Dourados, excessiva e restritiva à competitividade no certame, nos termos do art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93."*

No caso em exame, merecem evidência os seguintes eventos:

1 – o edital de licitação (peça n. 8, fl.150) dispôs como exigência no item 8.2.1., II, "b", a apresentação de "*Declaração da licitante comprometendo-se na prestação de Assistência Técnica pelo período de garantia concedido,* ***bem como a disponibilizar do início do atendimento,*** *sem qualquer ônus para o Contratante, com a indicação de endereços e telefones dos Centros de Atendimento Técnico em Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul;*

2 - nas propostas apresentadas pelas licitantes (peça n. 13), as empresas Ecosol Soluções Ecológicas Ltda. e D.A. Marques O Mineiro Eirelli – EPP, apresentaram as declarações solicitadas no item 8.2.1., II, "a" e "b", do edital (acima descrito), porém, não indicaram os endereços e telefones dos centros de atendimento técnico em Dourados (M.S.);

3 - a Ata de sessão pública (peça n. 14, fls. 413-414) registrou que as empresas Ecosol Soluções Ecológicas Ltda. e D.A. Marques O Mineiro Eirelli – EPP, foram desclassificadas porque descumpriram a exigência do item 8.2.1., II, "b", do Edital, determinativa da **indicação de endereços e telefones dos Centros de Atendimento Técnico em Dourados**.

Considerando os eventos supracitados, verifico que o item 8.2.1., II, "b", do Edital, foi interpretado de forma restritiva pelo pregoeiro que conduziu o certame, pois estando inscrita no referido item a frase "***bem como a disponibilizar do início do atendimento"***, o órgão licitador estava oportunizando ao licitante que vencesse o certame a apresentação dos números de telefones e endereços dos Centros de Atendimento Técnico em Dourados, somente **a partir do início do atendimento.**

Todavia, como não se sabe, semanticamente, o que significa a expressão "**a partir do início do atendimento"**, parece razoável atribuir a tais vocábulos o significado de que o atendimento deveria ser feito somente a partir do momento da entrega (tradição) do bem pelo vendedor ao ente comprador, porquanto qualquer "atendimento" ao adquirente somente seria factível a partir do momento em que ele detivesse a posse do bem adquirido.

Nesses termos, é dizer que o pregoeiro agiu com excesso de rigor e de forma equivocada ao desclassificar as empresas apontadas acima (itens 2 e 3), pois exigiu

delas a apresentação dos números de telefones e dos endereços dos Centros de Atendimento Técnico em Dourados no ato da entrega dos documentos, quando o edital dispunha de forma diversa. O pregoeiro não observou, portanto, um princípio básico da licitação, o da vinculação ao instrumento convocatório, disposto no *caput* do art. 3º da Lei (federal) n. 8.666, de 1993.

Consta na ata de sessão pública (peça n. 14), que as empresas desclassificadas manifestaram interesse na interposição de recurso (fl. 141, item VIII) por não concordarem com o motivo da desclassificação, e em ato contínuo o pregoeiro reafirmou a desclassificação das empresas por não apresentarem o endereço da Assistência Técnica em Dourados. Porém, não consta nos autos nenhum recurso em tal sentido.

Hely Lopes Meirelles[1], ao tratar sobre o assunto, tece críticas à burocracia exacerbada:

> *"A orientação correta nas licitações é a **dispensa de rigorismos inúteis** e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados. Daí por que a lei (art. 27) limitou a documentação,* exclusivamente*, ao comprovantes de* capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica *e* idoneidade econômico-financeira. *Nada mais se pode dos licitantes na fase de habilitação. Reconhecimentos de firmas, certidões negativas, regularidade eleitoral, são exigências impertinentes que a lei federal dispensou nessa fase, mas que a burocracia ainda vem fazendo ilegalmente, no seu vezo de criar embaraço aos licitantes. É um verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam nas suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação já simplificou. Os bons contratos, observe-se, não resultam das exigências burocráticas, mas, sim, da capacitação dos licitantes e do criterioso julgamento das propostas."*

O **princípio do formalismo moderado**, bastante utilizado pelos administrativistas para criticar interpretações feitas pela Administração Pública sobre procedimentos, os quais muitas vezes são criados sem a clareza necessária, consiste "*em primeiro lugar, na previsão de rito e formas simples, (...). Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo".* [2]

Os Enunciados extraídos dos Acórdãos abaixo relacionados tratam da aplicação do princípio do formalismo moderado, nos seguintes termos:

> *"No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo **princípio do formalismo moderado**, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e*

1.MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 276-277.

[2] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 203.

> *respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a* ***prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo****, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados."*
>
> (Acórdão n. 357/2015 – TCU – Plenário, Ministro-Relator Bruno Dantas).
>
> *"Não se desclassifica propostas de licitante pelo descumprimento de exigências pouco relevantes, em respeito ao princípio do* ***formalismo moderado*** *e da obtenção da proposta mais vantajosa à Administração."*
>
> (Acórdão n. 11907/2011 – TCU – 2ª Câmara, Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti).

Não obstante o equívoco e o rigor com o qual o pregoeiro se pautou na análise das propostas, ele não foi, especialmente, diligente, considerando que a diligência é medida que se propõe ao pregoeiro, em qualquer fase da licitação, e que o Tribunal de Contas da União (TCU) aplica [a diligência] com vigor, conforme demonstrado nos Enunciados-TCU abaixo:

> *"Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes."*
>
> *(*Acórdão n. 2873/2014 – TCU – Plenário, Ministro-Relator Augusto Sherman).
>
> *"Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa,* ***o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos*** *e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93)."*

Dessa forma, a exigência do item 8.2.1., II, "b", do Edital, deveria ser entendida como cumprida por parte das empresas que foram equivocadamente desclassificadas, visto que a interpretação de editais deve ser feita com o objetivo de garantir a busca do melhor contrato para a Administração Pública de um lado, e a igualdade de chances aos concorrentes, de outro lado.

Postas as considerações acima, constato a irregularidade do procedimento licitatório realizado por meio do Pregão Presencial n. 108, de 2014, com infringência das disposições da Lei (federal) n. 10.520, de 2002, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e das determinações contidas na IN/TC/MS n. 35, de 2011.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolho em parte o posicionamento do Ministério Público e voto nos termos de:

I - declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **irregularidade do procedimento licitatório** realizado

pela Administração Municipal de Dourados, por meio do Pregão Presencial n. 108, de 2014, tendo em vista que a desclassificação das empresas Ecosol Soluções Ecológicas Ltda. e D.A. Marques O Mineiro Eirelli – EPP, com base no conteúdo do item 8.2.1., II, "a" e "b", do Edital, ocorreu de forma equivocada, já que elas apresentaram as Declarações de garantia e de assistência técnica, conforme solicitado no edital (item 8.2.1., II, "a" e "b"), entendendo por oportuno apresentar os números de telefone e endereços dos Centros de Atendimento Técnicos em Dourados, *a partir do início do atendimento*, ou seja, a partir da data da entrega do bem ao adquirente;

II - aplicar multa no valor equivalente ao de **100 (cem) UFERMS** ao Sr. **Márcio Wagner Katayama**, CPF-529.176.901-78, Secretário Municipal de Serviços Urbanos de Dourados, pela prática das infrações decorrentes das irregularidades a que se referem os termos dispositivos do inciso I, com infringência aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório disposto no *caput* do art. 3º, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e do formalismo moderado, e em desatendimento ao disposto no art. 43, § 3º, da Lei n. 8.666, de 1993, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar n. 160, de 2012;

III - fixar o prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação do Acórdão no DOETC/MS, para o apenado pagar o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as regras dos arts. 50, I e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160 de 2012, observadas as disposições dos arts. 99 e 172, § 1º, I e II, do Regimento Interno;

IV – determinar que, depois de julgada a matéria deste processo, os autos sejam remetidos à 1ª Inspetoria de Controle de Externo para o posterior exame dos documentos relativos à contratação e execução financeira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão se deu por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator, declarando a irregularidade do Procedimento Licitatório realizado na modalidade Pregão Presencial n° 108/2014, com aplicação de multa.

Presidente, o Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral.

Tomaram parte do julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid e o Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador de Contas.

Campo Grande, 20 de setembro de 2016.

Conselheiro **José Ricardo Pereira Cabral**
Relator

GAB LAC SETAC JRC/DSSM