

## PARECER TÉCNICO

Recurso: 4020/2020

Autos Licitatórios nº 2232/2020

Assunto: Análise técnica da impugnação administrativa à Concorrência Pública nº 001/2020.

### I – BREVE RELATO

Trata-se de Recurso Administrativo ofertado pelo Senhor **SAMIR FARIA**, CPF nº 803.045.161-04, apresentado no curso da Concorrência Pública nº 001/2020.

Em síntese alega que:

- a. Existe inconsistência no Edital e no Site da Prefeitura de Buriti Alegre, que aponta que a licitação será no Prédio da Prefeitura Municipal de Buriti Alegre, localizada na Rua Goiás, nº 563, Centro, 1 º Andar, (Departamento de Licitação), contudo o Edifício encontra-se em reforma, o que poderia causar prejuízo ao bom andamento do certame.
- b. Existência de limitação contida no Clausula 21 do Instrumento Convocatório, que limita o número integrantes do consórcio.

Ao final, requer a revisão do Item 21 do Edital e, por conseguinte, a reabertura do prazo em razão de nova publicação.

É o Relatório.

Passo a Análise Jurídica.

### II - DA TEMPESTIVIDADE/MOTIVAÇÃO DA INTENÇÃO DE RECORRER

O recorrente apresentou impugnação no dia 09 de Novembro de 2020, no bojo da Concorrência Pública nº 01/2020, que tem previsão de abertura no dia 17 de Novembro.

O Artigo 41 da Lei nº 8.666/93, fixa o prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentação de impugnação ao Edital. *In verbis*:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

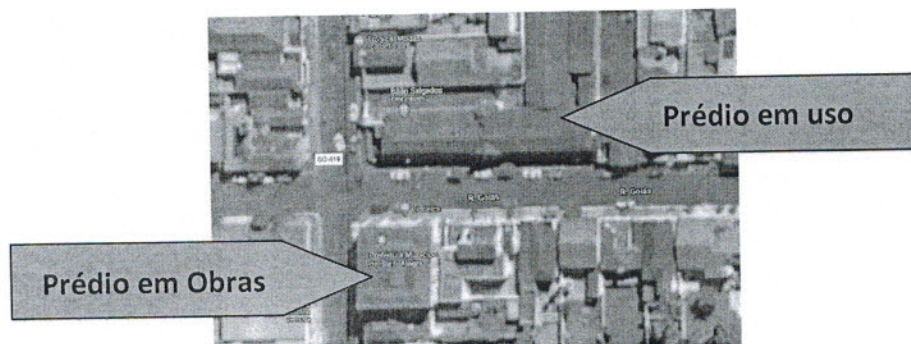
§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

Assim, tempestiva a presente impugnação.

### III – DA ANÁLISE TÉCNICA JURÍDICA

Inicialmente, consta-se que o impugnante não apresentou razões para seu deferimento.

Primeiramente, conforme bem delimitado, o Paço Municipal está em obras o que acarretou a mudança dos setores administrativos para o prédio em frente, onde, anteriormente, localizava o Colégio Paroquial, conforme verifica-se abaixo.



A informação da obra e o novo endereço provisório, está presente no site do município.

**Contudo, a título de cautela, entendo que a Comissão Permanente de Licitação deve encaminhar a todos os licitantes que**

**manifestaram a retirada do Edital, informação do endereço em que se dará a abertura do certame.**

**Tal informação deve ainda ser publicada na página de acompanhamento processual.**

Quanto à segunda alegação, o impugnante aponta que o Instrumento Convocatório possui “uma barreira impeditiva de participação de empresa capazes de atuar no saneamento público desta urbe”.

Para justificar tal apontamento, o recorrente invoca a Clausula 21 do Edital, que assinala o não atendimento ao interesse público em razão da restrição de números de participantes no consórcio.

21. Poderão participar da LICITAÇÃO, empresas brasileiras, isoladas ou reunidas em consórcio, constituído por, no máximo, 03 (três) empresas, que satisfaçam plenamente todos os termos e condições deste EDITAL e a legislação pertinente.

O item 21 da Minuta de Edital prevê que a composição de cada consórcio está limitada ao máximo de 03 (três) integrantes, possui essa limitação respaldo na legislação federal e na jurisprudência dos órgãos de controle externo.

Sabe-se que a constituição de consórcio, disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, é recomendável naquelas situações em que parcela significativa das empresas do ramo da atividade licitada não possui condições de participar isoladamente do certame, em face das condições do mercado ou da complexidade técnica do objeto.

A regra, no entanto, é que a Administração privilegie a participação de licitantes com propostas individuais, a fim de se obter aquela mais vantajosa para a execução do objeto.

E, ao contrário do alegado pelo Impugnante, a limitação de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, restrição da competitividade. É a permissão que limita, muitas vezes, o número de participantes, uma vez que as empresas associadas deixariam de competir entre si.

A referida limitação tem por finalidade atender ao interesse público, uma vez que o excesso de participantes em um mesmo consórcio poderia levar a uma pulverização de responsabilidades entre eles. Além disso,

poderia ocorrer, também, o retardamento na execução de obras e a redução no ritmo e na qualidade da prestação de serviços licitados, diante da logística que envolve diversas empresas para a realização de um mesmo trabalho.

A permissão ilimitada de participantes em um único consórcio abriria margem para licitantes, antes concorrentes entre si, associarem-se em grupos de grandes proporções, o que acabaria diminuindo o número de participantes da licitação e gerando impactos nas propostas comerciais apresentadas – efeito evidentemente contrário ao desejado em qualquer procedimento concorrencial.

Nesse sentido, vale ressaltar que a permissão de participação de licitantes por meio de consórcios é uma decisão discricionária do administrador público, conforme se observa do caput do art. 19 da Lei Federal nº 8.987/95 e do art. 33 da Lei Federal nº 8.666/93:

Art. 19. **Quando permitida, na licitação**, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (Grifei)

(...)

Art. 33. **Quando permitida na licitação** a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (Grifei)

(...)

Além disso, reforça-se que a admissibilidade de empresas em consórcio nos editais convocatórios **insere-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida**. Destarte, ao administrador cabe decidir sobre a matéria, em face da complexidade técnica do objeto a ser contratado e do interesse público tutelado.

Assim entendeu a Corte de Contas, ao assentar que “(...) o art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso” (grifamos - Acórdão nº 1.946/2006 – Plenário).

Da mesma forma, ponderando-se as peculiaridades e complexidade do objeto licitado, a limitação a um número máximo de integrantes para cada consórcio também é uma decisão discricionária do Poder Concedente.

É o que entende o Tribunal de Contas da União (TCU), referência nacional na fiscalização de contratações públicas. Ao analisar denúncia sobre indícios de irregularidades no edital da obra de reforma do Aeroporto Internacional Tancredo Neves – Confins, por exemplo, o TCU assim decidiu:

15. A participação de consórcios de empresas em licitações públicas decorre da discricionariedade administrativa conferida pela Lei de Licitações, em seu artigo 33, determinando que „quando permitida a participação de empresas em consórcio“, deverão ser observadas as disposições constantes da Lei. 16. Considerando o disposto no art. 33 da Lei 8.666/93, o Tribunal, acompanhado pela doutrina, entende que a decisão sobre a viabilidade de participação de consórcios em certames licitatórios insere-se na esfera do poder discricionário do gestor. 17. Se a lei autoriza até mesmo a vedação à participação de consórcios, também pode a administração permitir a sua participação condicionada a um número máximo de empresas em cada consórcio, aplicando-se ao caso o entendimento manifesto no brocardo jurídico „quem pode o mais, pode o menos“. Este argumento encontra respaldo, inclusive, no Acórdão 1.297/2003-P: (...) **18. No caso concreto, justifica-se a restrição no número de empresas que poderiam formar consórcio para, em nome do interesse público, evitar um alto número de empresas consorciadas, o que tem levado a Infraero a ter dificuldade na fiscalização de contratos do qual participem um grande número de empresas em consórcio, comprometendo o ritmo de execução das obras e a qualidade da prestação dos serviços, tendo causado atraso no cronograma dos empreendimentos. 19. Além disso, permitir a participação ilimitada de empresas em um único consórcio pode produzir, ainda, outro efeito indesejado** Caso não haja nenhum controle quanto à quantidade máxima de consorciados, pode haver transgressão indireta da Lei, possibilitando, sob o pretexto de ampliar a competição, que empresas absolutamente desprovidas de qualificação técnica saíam-se vencedoras do certame. 20. A participação de consórcios, portanto, não pode, sob o pretexto de ampliar a competitividade, ser interpretada de forma tão rigorosa, sob pena de se inviabilizar, indiretamente, a correta execução do objeto contratual, que, no caso concreto, é de essencial importância para a União e para o Estado de Minas Gerais, visto que faz parte do pacote de investimentos em Infraestrutura para a Copa de 2014. 21. A limitação do número de empresas participantes do consórcio já foi analisada em outras oportunidades pelo Tribunal, como, por exemplo, no Acórdão 1.332/2006-P: (...) Sobre a questão em debate, o Tribunal reconheceu a possibilidade de limitação do número de empresas por consórcio nos Acórdãos nº 1.297/2003, 1.708/2003 e 1.404/2004, todos do Plenário.1 (Grifei)

<sup>1</sup> Acórdão 718/2011-Plenário, TC-000.658/2011-1, Rel. Min. Valmir Campelo, Sessão de 23/03/2011).

Em outras ocasiões, o TCU vem decidindo de forma idêntica, enfatizando que a permissão irrestrita para a constituição de consórcios pelas licitantes poderia, na verdade, restringir a competitividade do certame.

Vejamos:

Nesse sentido, estou de acordo com as conclusões obtidas pela Unidade Técnica no exame pontual de todas as alegações contidas na representação, as quais resultaram improcedentes, tendo em vista, basicamente, que: (...) **b) nem sempre a participação de empresas em consorcio implica incremento de competitividade (associação de pequenas empresas para participação em conjunto), podendo vir a constituir, ao contrário, limitação a concorrência (diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrem um mesmo consorcio);**<sup>2</sup> (Grifei)

**Assiste razão aos responsáveis, pois mesmo a Lei das Licitações, no caput do seu artigo 33, prevê que a Administração pode, até mesmo, não permitir a participação de consórcios. Em interpretação jurídica, quando vale o mais, vale o menos, ou seja, se é possível restringir o número de empresas contratadas para fazer o mesmo serviço a apenas uma (na hipótese de não se permitir consórcios), também é de se supor que a Administração, ao avaliar, segundo os critérios da oportunidade e conveniência, que não deve ser permitido um número maior que 2 empresas no consórcio licitante, tenha a liberdade de, justificadamente, estabelecer tal restrição**<sup>3</sup>. (Grifei)

13. Com referência à limitação estabelecida no Termo de Referência nº 01/2004 do número máximo de três empresas para constituição de consórcio, o art. 33 da Lei 8.666/93 abre amplo espaço à discricionariedade administrativa na matéria.

**13.1 O ato convocatório deve não apenas autorizar a participação das empresas em consórcio, mas também estabelecer as regras correspondentes. Portanto, concordamos que não existe ilegalidade no termo de referência com relação à fixação em três o número máximo de empresas participantes em consórcio, uma vez que o referido dispositivo legal não veda tal fixação**<sup>4</sup>. (Grifei)

<sup>2</sup> Acórdão 280/2010-Plenário, TC-016.975/2009-5, Rel. Min. Subst. Marcos Bemquerer Costa, Sessão de 24/02/2010.

<sup>3</sup> Acórdão 1297/2003-Plenário, TC-005.774/2003-0, Rel. Min. Adylson Motta, Sessão de 03/09/2003.

<sup>4</sup> Acórdão 1404/2004-Plenário, TC-007.634/2004-6, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 15/09/2004.

6. Desde logo, o Analista, com o apoio dos dirigentes da unidade técnica, considerou im procedente a reclamação relativamente ao conteúdo da alínea “c” anterior, **haja vista que, se “a lei autoriza até mesmo a vedação à participação de consórcios, parece-nos que também poderia a administração permitir a sua participação condicionada a um número máximo de empresas em cada consórcio, aplicando-se ao caso o entendimento manifesto no brocardo jurídico ‘quem pode o mais, pode o menos’”** (fls. 134/135, apenso)<sup>5</sup>. (Grifei)

E ainda:

Considerando que a lei possibilita vedação à participação de consórcios, entendemos que não haveria óbices à fixação de número de máximo de empresas por consórcio, desde que devidamente justificada. **Assim, seria pertinente a argumentação apresentada pelos responsáveis de que a não limitação de quantidade de empresas por consórcio poderia diminuir a quantidade de concorrentes, vez que o número de consórcios participantes, potencialmente, seria reduzido.** Sobre a questão em debate, o Tribunal reconheceu a possibilidade de limitação do número de empresas por consórcio nos Acórdãos nº 1.297/2003, 1.708/2003 e 1.404/2004, todos do Plenário.6 (Grifei)

Igualmente, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) possui entendimento admitindo a limitação do número de integrantes em consórcios participantes de licitações:

“Dentro dessa ótica, quanto ao primeiro apontamento erguido pelo Representante contra a licitação, sobre a limitação das empresas consorciadas a duas, conforme subitem 8.1.1 do Edital, entendo que, a par dessa exigência poder contrariar os interesses de alguns licitantes, em face da supremacia do interesse público sobre o privado, tal questão deve ser analisada sobre o prisma da discricionariedade administrativa, conceito assim definido por Seabra Fagundes: (...) **Assim, parece-me que a limitação do número de consorciados, em não sendo vedada expressamente pela Lei nº 8.666/93, fica à disposição da discricionariedade do Administrador, que, devo ressaltar, terá mais trabalho e dificuldades em acompanhar e fiscalizar a execução da obra, quanto mais consorciados permitir.** Nesse caso, ressalta-se, inclusive, que, justamente pelas dificuldades que surgem com a permissão de vários consorciados, para o Administrador, a ele foi dado escolher se aceita o consórcio entre licitantes, nos termos do art. 33 da Lei de Licitações, que reforça tal discricionariedade ao

<sup>5</sup> Acórdão 1708/2003-Plenário, TC-001.002/2003-4, Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, Sessão de 12/11/2003.

<sup>6</sup> Acórdão 1332/2006-Plenário, TC-010.041/2006-6, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Sessão de 02/08/2006.

predizer: „Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas...” Desse modo, se pode o administrador optar pela possibilidade de um consórcio, naturalmente, pelo princípio ordinariamente aceito, segundo o qual, quem pode o mais, pode também o menos, é natural que possa, pelo bem de seu controle sobre a obra, limitar o número dos licitantes àqueles que terá capacidade de bem gerenciar, não figurando, por óbvio, a limitação do item 8.1.1 do Edital em comento, nenhuma impropriedade ou infringência à lei.7 (Grifei)

**Portanto, considerando que o objeto licitado é de alta complexidade, como demonstram os estudos que deram suporte à modelagem proposta no PMI, e demandarão a realização de vultosos investimentos na margem superior à R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões), é possível concluir que a limitação do número de integrantes que poderão participar da licitação em cada consórcio apresenta-se razoável e adequada ao interesse público.**

**De toda forma, cabe ressaltar que a decisão sobre a participação de empresas em consórcio cabe única e exclusivamente ao órgão promotor da licitação, pois este é um juízo de oportunidade e conveniência que se encontra em sua margem de discricionariedade.**

Sobre o tema, Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 12. ed., São Paulo: Dialética, p. 410) assevera:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas.

E assim conclui:

Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

Corroborando a explicitação exposta, temos o posicionamento de Jessé Torres Pereira Junior, veja-se:

Representação. Licitação. Parcelamento do Objeto. Ausência de viabilidade técnica e econômica. **Participação de consórcio.** No

<sup>7</sup> Representação nº 712804, Segunda Câmara, Rel. Conselheira Adriene Andrade, Sessão de 07/08/2007.



parcelamento do objeto da licitação é imprescindível que se estabeleça a viabilidade técnica e econômica de divisibilidade do objeto. **A aceitação de consórcios na licitação situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante... A jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei no 8.666/93 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresa organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso.** Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados. **Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o Acórdão no 2.813/2004-1a Câmara, que reproduz: “O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque a formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não-aceitação de consórcios (... )<sup>8</sup>”** (Grifei)

Dessa forma, não merece guarida o pleito da Impugnante.

### III – CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a Assessoria Jurídica do Município de Buriti Alegre OPINA pela IMPROCEDÊNCIA da impugnação ofertada, em razão dos fundamentos aqui expostos e da vasta jurisprudência sobre o tema.

Destaca-se, ainda, que o presente parecer não dispensa a anuência pela autoridade competente, vez que a análise de conveniência e oportunidade insere-se exclusivamente na esfera de discricionariedade da Administração, não cabendo a esta assessoria emitir juízo conclusivo sobre a questão.

<sup>8</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”. 7a edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.

Nesse sentido é o teor do enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

BPC nº 7:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável.

Assim, encaminhem-se à Comissão Permanente de Licitação para conhecimento do presente parecer e decisão quanto à impugnação.

Atente-se, ao prazo de julgamento, previsto na segunda parte do §1º do Art. 41 da Lei 8.666/93.

É o parecer.

ASSESSORIA JURÍDICA, aos 11 de Novembro de 2020.



**Vinicius Alves Mendonça**

Assessor Jurídico Especial  
OBA/GO: 38.342

Vinicius Alves Mendonça  
Assessor Jurídico  
OAB/GO: 38.342