ACÓRDÃO TC-961/2017 – PLENÁRIO

PROCESSO - TC-9668/2016

ASSUNTO - PREJULGADO

SUSCITANTE - CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

EMENTA

FORMAR PREJULGADO – 1) IMPOSSIBILIDADE DESTE TRIBUNAL DE CONTAS OBRIGAR SEUS JURISDICIONADOS A UTILIZAREM A MODALIDADE PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA, UMA VEZ QUE A PRÓPRIA LEI ASSIM NÃO O FEZ, EXCETO QUANDO O PRÓPRIO JURISDICIONADO TENHA EDITADO ATO NORMATIVO DETERMINANDO, EM SEU ÂMBITO, A ADOÇÃO PREFERENCIAL OU OBRIGATÓRIA DESTA MODALIDADE PARA A AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS – 2) INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO PELA ADOÇÃO PREFERENCIAL OU OBRIGATÓRIA DA MODALIDADE PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA, PELA INEXISTÊNCIA DE ÓBICE PARA QUE, NOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO DEFLAGRADOS POR ESTE TRIBUNAL, SEJA AVALIADO O ASPECTO DA ECONOMICIDADE DA MODALIDADE LICITATÓRIA ELEITA.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre Incidente de Prejulgado suscitado pelo Excelentíssimo Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges no bojo do Processo TC 4669/2015, conforme

Decisão Plenária TC 3248/2016 (fls. 03/55), referente à Fiscalização Auditoria Temática na área de saúde dos municípios do Estado do Espírito Santo.

A matéria a ser analisada diz respeito à utilização do pregão eletrônico como modalidade de licitação mais vantajosa para a Administração, sendo permitida a opção pelo pregão presencial somente quando houver demonstração expressa e justificada da inviabilidade do procedimento eletrônico, sob pena de se caracterizar ato de gestão antieconômico.

Uma vez reconhecida a relevância da matéria de direito em tela, bem como a sua aplicabilidade de forma geral nos termos da Decisão Plenária TC-3248/2016, o incidente foi encaminhado ao Ministério Público de Contas para manifestação acerca dos requisitos de admissibilidade, conforme a previsão do §2º do artigo 348 do Regimento Interno deste Tribunal – RITCEES. A manifestação ministerial de fls. 175/176 concluiu pelo conhecimento do incidente.

Em seguida, o presente Incidente de Prejudicado foi encaminhado ao Núcleo de Jurisprudência e Súmula, conforme determina o artigo 445, inciso III, do RITCEES, o qual elaborou o **Estudo Técnico de Jurisprudência 06/2017** (fls. 179/180), que concluiu pela inexistência de deliberações que respondam ao objeto do presente Prejudicado.

A análise técnica foi procedida na **Instrução Técnica 35/2017** (fls. 183/196), que foi integralmente acolhida pelo Ministério Público de Contas no **Parecer 1824/2017** (fl. 200), da lavra do Excelentíssimo Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, concluindo nos seguintes termos:

Nesse sentido, ante a indagação apresentada neste incidente de prejudicado quanto à utilização do pregão eletrônico como forma de execução da licitação mais vantajosa para a Administração, devendo a opção pela forma presencial ser adotada apenas quando houver demonstração expressa e justificada pela autoridade competente da inviabilidade da realização do procedimento eletrônico, responde-se que este Tribunal de Contas não deve obrigar seus jurisdicionados a utilizar a modalidade pregão na forma eletrônica, uma vez que a própria lei assim não o fez, exceto quando o próprio jurisdicionado tenha editado ato normativo determinando, em seu âmbito, a adoção preferencial ou obrigatória desta modalidade para a aquisição de bens e serviços comuns.

Cabe por fim ressaltar que independentemente da existência de comando normativo neste sentido, inexistente óbice para que nos processos de fiscalização deflagrados por este Tribunal, seja avaliado o aspecto da economicidade da modalidade licitatória eleita.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando acuradamente os autos, verifico que o feito encontra-se devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Ratifico integralmente o posicionamento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas para **tomar como razão de decidir a fundamentação exarada na Instrução Técnica 35/2017** (fls. 183/196), que aqui se transcreve:

DO MÉRITO

A questão suscitada teve sua origem nos autos do processo TC nº 4969/2015 que cuida da fiscalização levada a efeito em 26 municípios capixabas com o objetivo de analisar a regularidade e a economicidade dos contratos de transporte de pacientes, bem como das contratações de serviços de saúde, sendo que o Relatório de Fiscalização – Auditoria RF-AUD 9/2015 (item 2.5.5), constante daqueles autos, apresenta a seguinte constatação:

2.5.5 Utilização da modalidade pregão presencial sem motivação em detrimento do pregão eletrônico

Constatou-se que a Secretaria Municipal de Anchieta adotou a modalidade licitatória pregão, de forma presencial, sem apresentar justificativas para tal opção.

Contudo, há diversas vantagens inerentes ao pregão na forma eletrônica, como maior competitividade e menor probabilidade de formação de cartéis, além de evitar o contato direto entre pregoeiro e licitantes. Além disso, o pregão eletrônico permite que qualquer cidadão possa acompanhar a sua execução em tempo real, de qualquer lugar do país, trazendo maior transparência e controle social para as compras administrativas.

Com base em tais argumentos, o Tribunal de Contas da União possui entendimento no sentido de que a adoção do pregão na forma presencial só pode ocorrer quando houver justificativa expressa do gestor, demonstrando a sua inviabilidade, sob pena se configurar possível ato de gestão antieconômico. Nessa linha, transcreve-se, abaixo, trecho do Voto do Acórdão TCU-Plenário 1515/2011, nos seguintes termos (grifou-se):

2.8. Dois acompanhamentos referentes à utilização de pregão na forma presencial foram feitos em órgãos do Poder Judiciário (fls. 22-23). Em um caso o órgão cancelou o certame para utilizar o pregão na forma eletrônica (fl. 22). No segundo caso (fl. 23), porém, o órgão manteve a licitação na modalidade pregão presencial e encaminhou documentação na qual afirma que decisão da Direção do Foro não estabelece exigência para apresentação de justificativas para adoção de pregão presencial. Aduz, ainda, não estar vinculado ao Decreto

5.450/2005 que obriga o Poder Executivo a realizar pregão na forma eletrônica.

2.9. Embora o Poder Judiciário não se encontre vinculado ao Decreto 5.450/2005 (voto do Acórdão 2.245/2010-TCU-Plenário), deve-se reconhecer que o pregão na forma eletrônica apresenta vantagens consideráveis em relação ao pregão presencial, dentre as quais se destacam: maior competitividade e menor probabilidade de formação de cartéis, além de evitar o contato direto entre pregoeiro e licitantes.

2.10. Ademais o processo do pregão eletrônico permite que o cidadão possa acompanhá-lo em tempo real, de qualquer lugar do país, trazendo maior transparência e controle social para as compras da APF.

2.11. Em virtude das vantagens elencadas nos itens supracitados, o TCU, em decisões anteriores, recomendou ao CNJ que utilize a modalidade pregão na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, **motivando expressamente a opção pelo pregão presencial, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico** (item 9.2 do Acórdão 2.368/2010-Plenário e item 9.5 do Acórdão 2.245/2010-Plenário).

2.12. Tecidas tais considerações e amparado no item 9.2 do Acórdão 2.368/2010 e no item 9.5 do Acórdão 2.245/2010, ambos do Plenário do TCU, **é lícito exigir-se do gestor a apresentação de justificativa expressa para a escolha do pregão na forma presencial, nos casos em que poderia ter utilizado o pregão na forma eletrônica.** Ao abrir mão de procedimentos que, pelo menos em tese, poderiam levar a Administração a menores dispêndios, **o administrador público tem a obrigação de motivar essa escolha, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico.**

[...]

CONCLUSÃO

[...]

2.15. Outro ponto identificado no presente trabalho foi a resistência dos gestores em utilizar o pregão na forma eletrônica sob a justificativa de que apenas o pregão presencial permite ao pregoeiro esclarecer dúvidas junto aos licitantes. Tal presunção é improcedente, pois a tecnologia existente no pregão eletrônico permite a utilização do chat, no qual o pregoeiro pode trocar mensagens com os licitantes. Há ainda a vantagem de tais mensagens ficarem registradas no sistema e disponíveis para consulta de qualquer interessado.

2.16. O terceiro ponto relevante foi a constatação de que alguns órgãos do Poder Judiciário não motivam expressamente a escolha pelo pregão presencial sob a justificativa de que não estão vinculados ao Decreto 5.450/2005.

2.17. Embora o precitado decreto vincule somente o Poder Executivo, os gestores dos demais poderes continuam obrigados a motivar expressamente suas escolhas, uma vez que o pregão eletrônico, em tese, é mais econômico do que o pregão presencial.

Acórdão n.º 1515/2011-Plenário, TC-017.907/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 08.04.3011.

Portanto, a necessidade de motivação da opção pelo pregão presencial em detrimento da forma eletrônica foi confirmada pelo Tribunal de Contas da União, ainda que o Poder Judiciário não se vinculasse ao conteúdo do Decreto 5.450/2005. Por conseguinte, o TCU expediu recomendação ao Conselho Nacional de Justiça para que divulgasse, no âmbito do Poder Judiciário, a necessidade de se motivar a escolha do pregão presencial na contratação de bens e serviços comuns, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico. Essa medida, inclusive, foi acatada no âmbito do CNJ, conforme decisão exarada no PP 20091000042612.^{36 1}

Nessa linha, foi constatado que a prefeitura de Anchieta abstém-se de utilizar o pregão eletrônico, adotando o pregão presencial como regra geral para a contratação de qualquer tipo de serviços ou produtos.^{37 2}

Todavia, apesar de o pregão presencial ter sido adotado como única forma de contratação – excetuando os casos de dispensa e inexigibilidade – não há motivação expressa ou justificativas para tal prática, em detrimento do pregão eletrônico. Todavia, há alternativas disponíveis para que os municípios adotem o pregão na forma eletrônica, a exemplo do Licitações-e do Banco do Brasil. Por conseguinte, a manutenção do pregão presencial, diante das vantagens que a forma eletrônica demonstra, devem ser devidamente motivada, sob pena de infringir os princípios administrativos da motivação e da indisponibilidade do interesse público.

Ademais, como o tema possui relevância, uma vez que todos os órgãos estaduais e municipais realizam com frequência licitações na modalidade pregão, sugere-se ao Relator que proponha, nos termos do art. 348, § 1º, do RITCEES, o **incidente de prejudgado**, no sentido de que, por traduzir inequívoca redução de custos, além de meio mais econômico, célere e eficaz para as contratações, o **pregão eletrônico** constitui forma de execução de licitação mais vantajosa para a Administração Pública, desprendido de formalidades processuais e burocráticas, devendo ser de adoção **preferencial** para as licitações destinadas à aquisição de bens ou serviços comuns, sendo que a utilização do pregão presencial deverá ser medida de exceção, quando demonstrada, de forma expressa e justificada pela autoridade competente, a sua inviabilidade, sob pena de se caracterizar ato de gestão antieconômico.

A par da constatação supra e acatando a providência sugerida pela equipe de fiscalização, o Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges suscitou o incidente de

^{1 36} CNJ: Pedido de Providências. Tribunais de Justiça. Recomendação. Utilização preferencial do pregão eletrônico em detrimento do pregão presencial. Procedente. 1) **Por traduzir inequívoca redução de custos, além de meio mais econômico, célere e eficaz para as contratações, exsurge que o pregão eletrônico constitui modalidade de licitação mais vantajosa para a Administração Pública, desprendido de formalidades processuais e burocráticas, pelo que razoável recomendar aos Tribunais de Justiça a adoção preferencial de tal modalidade para aquisição de bens e serviços comuns, excetuada inviabilidade demonstrada pela autoridade competente.** 2) Observância dos princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, publicidade, competitividade, economicidade e transparência. (CNJ – PP 20091000042612 - Rel. Cons. Morgana de Almeida Richa - 95ª Sessão - j. 24/11/2009 - DJ- e nº 203/2009 em 27/11/2009 p. 17). (g.n.) [nota da citação]

^{2 37} No relatório apresentado pela Secretaria de Saúde, foram realizadas 43 contratações em 2014, sendo 38 pregões presenciais e 5 inexigibilidades; até julho de 2015 foram realizadas 30 contratações, sendo 22 pregões presenciais e 8 inexigibilidades. [nota da citação]

prejulgado, tendo a sua instauração sido acatada pelo Plenário desta Corte, nos termos da Decisão TC-3248/2016, já reproduzida nesta instrução.

O questionamento apresentado revela oportuno relembrar que toda aquisição realizada pela Administração Pública, seja qual for a modalidade licitatória eleita, deve buscar sempre prestigiar a melhor contratação, o menor e melhor preço, a melhor qualidade, a celeridade e a segurança jurídica, dentre outros vetores essenciais previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Com o advento da Lei Federal nº 10.520/2002, o pregão passou a ser a modalidade licitatória mais utilizada em todo o território nacional, porquanto suas inovações permitiram prestigiar o princípio da economicidade e, por consequência, a concretização do princípio da eficiência, nas aquisições de bens e serviços comuns, conforme definição estabelecida pelo próprio normativo.

Dentre os objetivos do pregão, destacam-se o incremento da competitividade e a ampliação das oportunidades de participação, favorecendo, desse modo, tanto a Administração Pública quanto os administrados, com um procedimento mais célere e menos oneroso do que aqueles previstos na Lei nº 8.666/1993.

Em que se pesem as vantagens acima mencionadas, o pregão só deve ser utilizado pela Administração Pública quando lhe for possível garantir segurança na avaliação e escolha da melhor proposta, bem como a celebração do melhor contrato³.

O pregão pode ser presencial ou eletrônico. Em ambos os casos, a Lei Federal nº 10.520/02, que regra essa modalidade licitatória, demanda o exercício do poder regulamentar dos agentes públicos incumbidos de sua aplicação.

Assim, cada ente federativo pode editar normas específicas sobre licitação e contratação, desde que essas normas sejam concebidas em consonância com as normas gerais previamente estabelecidas pela União, no âmbito de sua competência privativa definida pela Constituição Federal, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, a saber:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Na esfera federal, o pregão eletrônico está regulamentado pelo Decreto nº 5.450/2005, que prevê a obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para bens e serviços comuns, nos seguintes termos:

Art. 4º **Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.** (grifos da IT)

Em seguida, foi editado o Decreto nº 5.504/2005 que também prevê a compulsoriedade da utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da

³ SCARPINELLA, Vera. Licitação na modalidade pregão: Lei 10.520 de 17 de julho de 2002. In: GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e contratos administrativos**: casos e polêmicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

União, derivados de convênios ou instrumentos cogêneres, ou consórcios públicos, senão veja-se:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar. (grifos da IT)

Há de se ressaltar que os referidos decretos não obrigam aos demais entes federativos – à exceção dos destinatários das transferências voluntárias nos termos acima transcritos –, tampouco aos demais poderes, tendo em vista o mecanismo constitucional de organização política.

Com efeito, a obrigatoriedade de utilização do pregão eletrônico que decorre do regulamento federal vincula apenas aqueles que estão juridicamente subordinados ao Executivo Federal.

Resta demonstrado que o regramento federal, editado no âmbito das competências privativas da União, prestigia o pregão eletrônico em detrimento do presencial, que só poderá ser adotado quando for justificada e comprovadamente inviável a realização daquela modalidade na forma eletrônica.

Neste contexto, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento de que, nas licitações realizadas no âmbito da União para aquisição de bens e serviços comuns, é obrigatório o emprego da modalidade pregão eletrônico, que só poderá ser preterida quando for indubitavelmente inviável⁴.

Perfilhando o posicionamento da Administração Pública Federal, o Estado do Espírito Santo editou o Decreto Estadual nº 1527-R, de 30 de agosto de 2005, que dispôs sobre normas e procedimentos para licitações na modalidade pregão na forma eletrônica, do qual merece destaque a redação do seu artigo 2º:

Art. 2º Os órgãos e entidades da administração direta e indireta do Poder Executivo Estadual, deverão, obrigatoriamente, realizar licitações na modalidade pregão para aquisições de bens e serviços comuns, por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, denominado EScompras.

§1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente. (grifos da IT)

Veja-se que ambas esferas obrigam o emprego da modalidade pregão, porém, enquanto a União prescreve ser a forma eletrônica preferencial à forma presencial, o Estado do Espírito Santo determina a utilização

⁴ Acórdãos 1.455/2011-TCU-Plenário, 1.631/2011-TCU-Plenário, 137/2010-TCU-1ª Câmara, 1.597/2010-TCU-Plenário, 2.314/2010-TCU-Plenário, 2.368/2010-TCU-Plenário, 2.807/2009-TCU-2ª Câmara, 2.194/2009-TCU-2ª Câmara, 988/2008-TCU-Plenário e 2.901/2007-TCU-1ª Câmara, 3.035/2013-TCU-Plenário, 2.301/2013-TCU-Plenário, 1.515/2011-TCU-Plenário.

compulsória da forma eletrônica, conforme se depreende dos normativos federal e estadual acima transcritos.

Aos municípios também é dado o direito de suplementar a lei federal, a partir do exercício do seu poder regulamentar assim previsto na Constituição Federal:

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Ocorre que, via de regra, muitos são os municípios que declinam sua competência regulamentar, abdicando de cuidar normativamente da matéria em comento.

No que concerne ao controle externo exercido por este Tribunal de Contas, convém ressaltar que as licitações e os contratos administrativos são apreciados sob os aspectos da legitimidade, legalidade e economicidade.

No que diz respeito especificamente à Administração Estadual, o aspecto da legalidade ganha relevância a partir da edição do Decreto nº 1527-R/2005, pelo qual o Estado impõe a todos os órgãos e entidades da administração direta e indireta do Poder Executivo do Estado do Espírito Santo a adoção compulsória do pregão eletrônico para as aquisições de bens e serviços comuns.

Por outro lado, no que diz respeito especificamente às administrações municipais, tem-se que esta Corte de Contas só poderia questionar a legalidade do preterimento da forma eletrônica de pregão realizado na forma presencial para aquisição de bens e serviços comuns, caso exista, no âmbito do respectivo município capixaba, norma própria que regulamente a matéria, a par do que se verifica nos âmbitos federal e estadual.

Neste caso, não há como impor aos Poderes Municipais o exercício do poder regulamentar, tendo em vista que a inexistência de tal norma naquele âmbito não torna inefetivo os regramentos contidos na legislação federal no que diz respeito às licitações e contratos realizados pelo ente.

Isso porque a Lei Federal nº 10.520/2002 é autoaplicável, o que significa que qualquer ente federativo pode por em prática o pregão sem a necessidade de instituir regulamentação própria.

Além disso, os dispositivos dos decretos federal e estadual já mencionados possuem natureza de determinação hierárquica, porquanto somente uma lei poderia subordinar a Administração Pública à compulsoriedade da adoção do pregão eletrônico como modalidade licitatória, consoante a preleção de Marçal Justen Filho⁵ refutando a nulidade do decreto federal sob o argumento de violação ao princípio da hierarquia vertical das normas:

Cabe destacar, desde logo, que esse raciocínio não se aplica ao art. 4º do Dec. nº 5.504. A determinação ali contida não apresenta natureza regulamentar. Não se trata de estabelecer o modo de aplicação das normas legislativas, mas de introduzir regra inovadora, que amplia o universo normativo. A interpretação do art. 4º como norma de natureza regulamentar conduziria à configuração de sua inconstitucionalidade.

Portanto, cabe optar por outra solução hermenêutica. Afigura-se cabível que o Presidente da República dispõe de competência para organizar o modo de atuação administrativa a ser exercitada no âmbito correspondente.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão : comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 215.

Assim, a regra do art. 4º deve ser interpretada como uma determinação inovadora, válida apenas e exclusivamente nos limites do Poder Executivo.

Dito de outro modo, apenas uma lei poderia subordinar todo o aparato federal à obrigatoriedade de adoção do pregão como modalidade licitatória a ser adotada. Nunca um decreto poderia estabelecer essa disciplina. Cabe ao chefe de cada Poder adotar a solução ordenatória das atividades licitatórias no âmbito correspondente. Assim e bem por isso, o art. 4º aplica-se ao Poder Executivo, cabendo aos chefes dos demais Poderes (o que compreende inclusive o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União) disciplinar a questão no seio das organizações subordinadas à sua ordenação.

Desse modo, ao se deparar com a inexistência de norma ordenatória neste sentido no âmbito municipal, tem-se que não cabe a este Tribunal de Contas exigir o cumprimento de normativo de outro ente federativo, devendo considerar tão somente as disposições autoexecutáveis da Lei Federal, para fins de avaliar a legalidade do ato consubstanciado na realização de pregão presencial em detrimento do pregão eletrônico.

Entretanto, sob o aspecto da economicidade, convém observar que, mesmo ante a ausência de normas regulamentadoras, a autoridade municipal competente deve demonstrar de forma inequívoca o acerto da escolha da modalidade licitatória para contratação de bens e serviços comuns, para fins de avaliação da eficiência, sob pena de se caracterizar ato de gestão antieconômico.

Outros tribunais de contas, assim como a doutrina pátria, já chegaram ao consenso de que o pregão eletrônico possui inúmeras vantagens, tais como a de ampliar a competição e a de inibir fraudes no certame, que muitas vezes ocorre por meio de conluio entre servidores e empresas localizadas em um mesmo ente federativo.

Sendo assim, a utilização do pregão eletrônico se traduz em ato eficiente e econômico, devendo ser adotado sempre que o caso concreto comportar, em prestígio aos princípios que regem as licitações e contratações da Administração Pública.

A par de tudo isso, a utilização injustificada do pregão presencial requer a apresentação de justificativas pela autoridade responsável, porquanto culmina por afrontar o princípio da eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como os princípios da isonomia e da proposta mais vantajosa, previstos no artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Não obstante, caso o município receba transferências voluntárias do Governo Federal, deverá observar o regramento da União utilizando-se da modalidade pregão preferencialmente na sua forma eletrônica, sendo que a sua não utilização deverá ser justificada pela autoridade competente, nos termos do §2º do artigo 1º do Decreto nº 5.504/2005:

Art. 1º ...

[...]

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

Ante o exposto, conclui-se que o pregão eletrônico costumeiramente é a modalidade licitatória mais vantajosa para a Administração Pública para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo que a sua adoção no âmbito do Poder Executivo Estadual é obrigatória, nos termos do Decreto Estadual nº 1527-R/2005, razão pela qual a fiscalização levada a efeito nos órgãos vinculados ao Executivo Estadual levará em conta o aspecto da legalidade acerca do procedimento adotado.

No que diz respeito aos municípios jurisdicionados desta Corte, o aspecto da legalidade será considerado tão somente naqueles em que existir comando normativo privilegiando a adoção do pregão na forma eletrônica. Não obstante, a fiscalização eventualmente levada a efeito nestes entes, levará em conta o aspecto da economicidade sempre que o procedimento eletrônico for preterido e não houver demonstração expressa e justificada da inviabilidade da sua adoção, podendo o ato ser ou não caracterizado como antieconômico, a depender das circunstâncias qualificadoras de cada caso concreto.

3 DISPOSITIVO

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **corroborando** o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Excelentíssimo Procurador de Contas Luis Henrique Anastácio da Silva, **VOTO:**

3.1 Pela impossibilidade deste Tribunal de Contas obrigar seus jurisdicionados a utilizarem a modalidade pregão na forma eletrônica, uma vez que a própria lei assim não o fez, **exceto** quando o próprio jurisdicionado tenha editado ato normativo determinando, em seu âmbito, a adoção preferencial ou obrigatória desta modalidade para a aquisição de bens e serviços comuns,

3.2 Independentemente da existência de comando normativo pela adoção preferencial ou obrigatória da modalidade pregão na forma eletrônica, pela inexistência de óbice para que, nos processos de fiscalização deflagrados por este Tribunal, seja avaliado o aspecto da economicidade da modalidade licitatória eleita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-9668/2016, **ACORDAM** os Srs. conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia primeiro de agosto de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

1. Pela impossibilidade deste Tribunal de Contas obrigar seus jurisdicionados a utilizarem a modalidade pregão na forma eletrônica, uma vez que a própria lei assim não o fez, exceto quando o próprio jurisdicionado tenha editado ato normativo

determinando, em seu âmbito, a adoção preferencial ou obrigatória desta modalidade para a aquisição de bens e serviços comuns;

2. Independentemente da existência de comando normativo pela adoção preferencial ou obrigatória da modalidade pregão na forma eletrônica, pela inexistência de óbice para que, nos processos de fiscalização deflagrados por este Tribunal, seja avaliado o aspecto da economicidade da modalidade licitatória eleita;

3. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária de deliberação os senhores conselheiros Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, presidente, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, relator, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e os senhor conselheiros em substituição Márcia Jaccoud Freitas e João Luiz Cotta Lovatti. Presente, ainda, o senhor procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas, Luciano Vieira.

Sala das Sessões, 1 de agosto de 2017.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

CONSELHEIRO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Em substituição

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público Especial de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões