

SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 23/05/12
EXAME PRÉVIO DE EDITAL
SECÇÃO MUNICIPAL

PROCESSO: TC-000481/989/12-7

REPRESENTANTE: FUNERÁRIA MATTIONI LTDA.

REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL DA CONCORRÊNCIA Nº 34/2011, DO TIPO MENOR VALOR DA TARIFA DO SERVIÇO PÚBLICO A SER PRESTADO, PROMOVIDA PELA PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA, OBJETIVANDO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA CONCESSÃO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS NO MUNICÍPIO DE SOROCABA.

Trata-se de representação formulada por **FUNERÁRIA MATTIONI LTDA.** contra o Edital da Concorrência nº 34/2011, do tipo menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, promovida pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA**, objetivando a contratação de empresa para concessão de serviços funerários no Município de Sorocaba.

A representante insurgiu-se contra o ato convocatório alegando os seguintes pontos:

1-) O Município de Sorocaba não atendeu o preceito contido do artigo 5º, da Lei Federal nº 8.987/95, porquanto nenhum ato justificativo da concessão dos serviços funerários foi publicado antes do edital da licitação sob exame, prejudicando a fiscalização por parte da coletividade do Município;

2-) Desatendimento dos artigos 16 e 18, do mesmo diploma, porquanto não houve demonstração de estudos e levantamentos técnicos acerca da licitação, e nem o prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração das propostas;

2.1-) Ausência de estudo de viabilidade técnica e econômica para a definição da contratação de 06 (seis) empresas para a concessão dos serviços funerários, preconizada no subitem "2.1", do edital, além da fixação do prazo de 05 (cinco) anos. Colaciona precedente desta Corte, por meio do processo TC-034154/026/10;

2.2-) Não há justificativas no processo para a escolha do tipo de julgamento, que é o de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

3-) Inexistência de projeto básico, previsto nos artigos 6º, inciso IX, 7º, inciso I, e § 2º, inciso I, 12 e 40, § 2º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, prejudicando a formulação das propostas, mormente na estimativa da prestação de serviços preconizada nos

subitens "3.1.9", "3.3.3", "4.1.2", "4.1.4", "4.1.6", "4.1.10", "4.1.11", "5.6.2" e "3.3.2", do edital. Encarta precedente do E.TCU, por meio do v. Acórdão nº 314/98;

4-) Não houve realização de pesquisa de preços no mercado, pois a Municipalidade adotou a Tabela Brasileira de Valores de Funeral e outros Serviços (Anexo I) como parâmetro para estabelecer os preços máximos a serem ofertados;

5-) Não há estudo econômico no ato de convocação para as licitantes avaliarem a estimativa de custo dos serviços que serão prestados gratuitamente, conforme estabelece o subitem "5.6", do edital;

6-) Inexiste previsão editalícia sobre a reversibilidade dos bens privados das concessionárias que serão afetados ao serviço público;

7-) O subitem "11.1.1", do edital, exige que as propostas contendam percentual de desconto único aplicado à Tabela SEFESP; contudo, referida tabela já não existe mais. Além disso, o Anexo I estabelece a aplicação da Tabela Brasileira de Valores de Funeral e outros Serviços, em flagrante contradição com a solicitada no subitem mencionado;

8-) Os subitens "9.1" e "11.1.1.1", do edital, fazem exigências ilegais e abusivas ao estabelecerem retribuições mensais a serem custeadas pelas concessionárias em benefício do Poder Público; sendo, portanto, impróprio o critério de julgamento das propostas, em ofensa ao que prescreve o artigo 15, inciso I, da Lei 8.987/95, e a modicidade das tarifas, preconizada no artigo 6º, § 1º, da mesma Lei referida;

9-) O subitem "13.2.2.1", do edital, prevê "*(...) sendo o preço proposto pela primeira classificada aceito, a segunda classificada deverá igualar seus preços aos mesmos valores propostos*"; todavia, não há previsão editalícia para aceitabilidade das propostas da terceira até a sexta classificada.

Nestes termos, requereu o autor fosse concedida a liminar de suspensão do procedimento licitatório, e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de retificação do ato convocatório.

Por meio de Decisão publicada no D.O.E. em 26 de abril de 2012, fora determinada a suspensão do andamento do certame, e fixado o prazo de 05 (cinco) dias à **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA**, para apresentação de suas alegações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório.

A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte, em sessão de 09 de maio de 2012, quando fora recebida como **EXAME PRÉVIO DE EDITAL**, sendo referendada a medida cautelar de paralisação do certame, seguindo-se daí os oficiamentos de praxe.

As justificativas da **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA** vieram por meio do sistema eletrônico, onde foram expostas, em resumo, as seguintes argumentações em tópicos:

1-) Justificativa Prévia (artigo 5º, da Lei 8.987/95). É infundada a irresignação da representante, haja vista que o disposto no artigo 5º, da Lei de Concessões, foi devidamente cumprido, tendo o Ato de Justificativa sido publicado previamente ao edital. Colaciona documento para provar a assertiva, ou seja, publicação no D.O.E, Diário de São Paulo, Diário de Sorocaba e Jornal Bom Dia, todos datados de 21/03/2012;

2-) Estudos e Levantamentos Técnicos e Projeto Básico. Referida justificativa foi efetuada baseada em estudos e levantamentos técnicos realizados, tendo sido considerado o número de habilitantes da cidade de Sorocaba, o número médio de atendimentos, assim como seu valor médio e o percentual de atendimentos gratuitos para a definição do número de concessionárias a ser contratadas, com o objetivo único e exclusivo de prestar à população o serviço público de forma eficiente;

2.1-) Com relação ao prazo da concessão de 05 (cinco) anos, o mesmo está previsto em Lei Municipal nº 4.595, de 02/09/94;

2.2-) No que tange à ausência de projeto básico, a Administração entende que estão presentes no corpo do edital e seus anexos todos os elementos necessários e suficientes para caracterização do serviço, atendendo perfeitamente o disposto nas alíneas do inciso IX, do artigo 6º, da Lei de Licitações, e do artigo 7º, do mesmo diploma legal;

2.2.1-) O projeto básico se faz presente no edital em nível de detalhamento até maior do que o necessário, contendo, inclusive, o número de atendimentos realizados no período de janeiro a dezembro/2011, com média de valores cobrados e de faturamento mensal; deste modo, apesar do documento não ter a nomenclatura de projeto básico é, sim, o próprio projeto básico. Colaciona jurisprudência do E. TRF/4ª R, 3ª Turma, AGA nº 199904010133909 e Decisão Plenária nº 420/1996 do C. TCU;

3-) Da Pesquisa Prévia de Preços. A Municipalidade utilizou a Tabela Brasileira de Valores de Funeral e Outros Serviços, editada por instituição séria e considerada parâmetro real dos preços praticados não por

uma, duas ou três empresas, mas sim por todas as suas associadas em âmbito nacional, o que caracteriza efetivamente restar demonstrado que os preços considerados parâmetros neste caso se encontram dentro dos efetivamente praticados no mercado;

4-) Atendimentos Gratuitos. Consta da justificativa prévia publicada, baseada em estudo desenvolvido pela ABREDIF (Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários) que o percentual médio de atendimento gratuito no ramo dos serviços funerários gira em torno de 12% (doze por cento) do número total de atendimentos;

5-) Tabelas Utilizadas. Com relação à discordância do item "11.1.1" e Anexo I do Edital, esclarecemos que, de fato, a Tabela a ser considerada é aquela constante do Anexo I, ou seja, Tabela Brasileira de Valores de Funeral e Outros Serviços, sendo que a menção à Tabela "SEFESP" foi um equívoco que seria corrigido mediante a publicação de simples esclarecimento;

6-) Do Tipo do Julgamento. Neste ponto a representante possui razão, haja vista que consta do item "1.2", do edital, que a licitação é do tipo menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, enquanto que os itens "9" e subitens e "11.1.1.1" remetem ao pagamento à Administração pela outorga da concessão, o que caracteriza o julgamento pela combinação dos tipos menor valor da tarifa com a maior oferta, previsto na Lei Federal nº 8.789/95 (artigo 15, inciso III). Referido apontamento já havia sido vislumbrado pela Administração, que procederá a correção por meio de esclarecimento;

7-) Da Previsão Para Igualar os Preços. O serviço será concedido para até 06 (seis) empresas, conforme consta do item "2.1", do edital, e que a proposta reflete aos valores máximos cobrados pelas concessionárias. Referida exigência se traduz necessária na medida em que cabe ao Poder Concedente a fixação das tarifas que serão cobradas, no caso, as máximas (Lei nº 4.595/94, artigo 4º). Por outro lado, caberá à concorrência, propriamente dita, que será estabelecida entre as concessionárias, a fixação das tarifas que serão efetivamente cobradas durante a vigência contratual.

A Assessoria Técnica e Chefia de ATJ pronunciaram-se pela procedência parcial da representação; contudo, diante da gravidade e natureza das falhas anotadas, opinaram pela anulação do certame.

O Ministério Público de Contas manifestou-se pela anulação, de plano, da Concorrência.

O Senhor Secretário-Diretor Geral
expressou-se pela procedência parcial da representação.

É o relatório.

PVL/.

SECÇÃO MUNICIPAL

Trata-se de representação formulada por **FUNERÁRIA MATTIONI LTDA.** contra o Edital da Concorrência nº 34/2011, do tipo menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, promovida pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA,** objetivando a contratação de empresa para concessão de serviços funerários no Município de Sorocaba.

O certame deve ser **anulado,** ante a contundência das falhas apuradas.

Em princípio, cumpre expor a imperfeição levada a efeito pela Municipalidade de Sorocaba no que tange ao cumprimento do preceito contido no artigo 5^o¹, da Lei Federal nº 8.987/95, porquanto a publicação do ato justificatório na imprensa oficial e demais veículos de comunicação se deu no prazo exíguo de apenas 02 (dois) dias antes da publicação do ato de convocação para a concessão dos serviços funerários, o que, sem dúvida, é infrutífero para cumprir o desígnio idealizado pelo legislador pátrio, sendo, pois, **procedente** a insurgência da representante.

A divulgação das justificativas para a concessão de serviços públicos na imprensa deve ser realizada em prazo suficientemente razoável, antes da publicação do edital, para evidenciar a existência objetiva de motivos para a delegação a particulares, propiciando, assim, fiscalização por parte da comunidade local.

De fato, a questão debatida não é completamente desprovida de relevância, pois é corolário da Teoria dos Motivos Determinantes a reger os atos administrativos.

O saudoso professor Diogenes Gasparini² afirmava que *"A obrigatoriedade da existência, no mundo real, dos motivos alegados e que determinam a prática do ato administrativo, como requisito de sua validade, acabou por dar origem à teoria dos motivos determinantes. Por essa teoria só é válido o ato se os motivos enunciados efetivamente aconteceram. Desse modo, a menção de motivos*

¹ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

² In "Direito Administrativo". Ed. Saraiva. 10ª Ed. São Paulo. 2005. Pág. 65.

falsos ou inexistentes vicia irremediavelmente o ato praticado, mesmo que não exigidos por lei”.

Assim, por esta via de exposição das justificativas é que o cidadão poderá promover eventual impugnação do ato, quer por meio do âmbito administrativo, quanto na esfera do Judiciário, mediante ação popular.

Marçal Justen Filho³ tece considerações sobre o controle do ato justificante “*O ato justificatório da decisão de promover delegação destina-se não apenas à instrumentalização prévia para o Estado nortear suas atividades posteriores. Se essa fosse a única função do ato, não seria obrigatória a publicação prévia pela imprensa. Bastaria a existência da justificativa no âmbito interno da Administração (...). O exame da compatibilidade entre a decisão de delegar a terceiros e a realização do interesse público não caracteriza invasão do mérito do ato administrativo. Não se julga 'oportunidade', na acepção de juízo reservado exclusivamente à Administração. Investiga-se a existência e satisfatoriedade dos motivos. Entendimento diverso tornaria inútil a exigência do art. 5º da Lei 8.987”.* (grifos nossos)

Pertinente a manifestação do Ministério Público de Contas nesta falha “*Destarte, reforça-se a imprescindibilidade de se oportunizar à coletividade período hábil de exame da decisão. Ao estatuir a norma, quis o legislador, tendo em vista os diversos interesses em jogo na delegação, não apenas permitir o conhecimento prévio dos contornos da outorga, mas também fornecer elementos idôneos ao debate e aprimoramento da proposta da Administração”.*

Neste contexto, a Municipalidade de Sorocaba suprimiu prazo destinado ao conhecimento dos munícipes, impossibilitando-os de tomar quaisquer ações destinadas à proteção do interesse público que os envolverão com a outorga da concessão.

Assim, caberá à Administração de Sorocaba conceder prazo considerado razoável para que a regra do artigo 5º, da Lei Geral de Concessões, cumpra o mister concebido pelo legislador pátrio.

³ In “Teoria Geral das Concessões de Serviço Público”. Dialética. São Paulo. 2003. 2ª reimpressão, 2007. pág. 211.

Quanto à ausência de demonstração de estudos e levantamentos necessários acerca da licitação, a censura da representante **merece prosperar**, porque, efetivamente, não se vê, no ato de convocação, ou em seus anexos, documentos relativos aos levantamentos técnicos sobre a concessão pretendida, conforme preconizado no artigo 18⁴, inciso IV, da Lei Geral das Concessões, o que traria segurança para as licitantes participarem do pleito e antever a viabilidade econômica da contratação diante dos investimentos que devem realizar.

Marçal Justen Filho⁵ afirma “Quando o Estado omite as providências técnicas e deixa de fornecer informações absolutamente detalhadas e minuciosas, está ampliando o risco de licitação invalidada ou de concessão frustrada. Atua-se contra o interesse público em tais hipóteses”.

A representada encartou aos autos, em suas justificativas, documentos descolados do ato de convocação, que não foram ao menos indicados no edital onde e como ter acesso a eles, por meio de fixação de prazo, local e horário que serão fornecidos aos interessados para exame, em contradição ao preceito do artigo supracitado.

Sob este aspecto, relevante a ponderação do Ministério Público de Contas, “*ipsis litteris*”:

“De outro lado, entende-se que a documentação apresentada não propicia a adequada participação de interessadas, vez que os vícios apontados pela representante permanecem.

De fato, não há um estudo sequer acerca da viabilidade econômica da contratação, ou seja, que demonstre que os cinco anos de contrato serão suficientes para a recuperação dos investimentos exigidos para a prestação do serviço, levando em conta os valores estimados a serem arrecadados com a atividade.

Como se sabe, o prazo de duração da concessão é determinante na amortização dos custos, de modo que o ente concedente deve ter em mente os

⁴ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...) *omissis*

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

⁵ Obra citada. Pág. 214.

valores envolvidos na instalação do serviço, além do tempo estimado de retorno do investimento.

Ademais, a indicação da infraestrutura exigida se mostra excessivamente lacônica, sem a apresentação de critérios minimamente objetivos que permitam certa padronização das propostas, de modo a se garantir uma qualidade mínima a ser atendida.

De outro lado, como bem salientado pela douta ATJ, a prefeitura representada, sem se atentar para os dados empíricos locais, levou em consideração índices nacionais para definir o número necessário de contratantes e a quantidade de atendimentos gratuitos a serem prestados. Ora, ainda que as estatísticas nacionais tenham papel importante na realização dos estudos que precedem a concessão, é imprescindível que a prefeitura de Sorocaba esteja atenta às particularidades locais no momento de fixação das exigências editalícias". (epígrafes nossos)

A deficiência editalícia na informação acerca dos estudos técnicos para a pretendida concessão gera entraves quanto à elaboração das propostas, provável redução do universo de competidores, aumento da possibilidade de haver recomposição de preços, no que tange à equação econômico-financeira da concessão, além de causar vulnerabilidade ao usuário final dos serviços com tarifas dissonantes com o real custo dos serviços e investimentos.

Ademais, igualmente, não houve demonstração de estudo acerca da viabilidade econômica para a contratação de 06 (seis) empresas para a prestação de serviços concedidos para o prazo contratual de 05 (cinco) anos; nada obstante este prazo estar devidamente autorizado pela Lei Municipal nº 4.595, de 02/09/94.

No que se refere à falta de evidenciação do projeto básico, **procedente** é a queixa do peticionário.

A representada assevera que o ato convocatório e seus anexos reproduzem todos os elementos necessários e suficientes para a caracterização dos serviços sob concessão; todavia, o edital peca em alguns conceitos.

Pois bem, impende destacar que o projeto básico é instrumento basilar de um procedimento licitatório, tanto que a norma de regência o elegeu como requisito precursor de qualquer licitação que envolva obras

e prestação de serviços, conforme preconiza o artigo 7^o, § 2^o, inciso II, da Lei Federal n^o 8.666/93. Deste modo, impropriedades insertas no projeto básico geram graves dificuldades no gerenciamento das obras e da prestação de serviços sob os aspectos de prazo, custo e qualidade.

A definição do projeto básico é dada pela Lei de Licitações no artigo 6^o⁷, inciso IX, sendo que é o *"conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço (...)"*. **Tal precisão tem como elemento necessário a definição das quantidades e os custos dos serviços e fornecimentos em compatibilidade com o tipo e porte da obra ou do serviço**, é o que decorre do preceito contido na letra "f", do artigo em referência.

Deste modo, o projeto básico, documento necessário e cogente, entranhado nos autos do processo pertinente, servirá de baliza para a elaboração do ato convocatório; assim, nada obstante o edital fornecer alguns dados relativos ao certame, a omissão para os itens de serviços do presente feito, mormente para os elencados pela representante (subitens "3.1.9", "3.3.3", "4.1.2", "4.1.4", "4.1.6", "4.1.10", "4.1.11", "5.6.2" e "3.3.2", do edital), afeta, sobremaneira, a elaboração das propostas financeiras das licitantes; além de ir de encontro com o preceituado no artigo 44⁸, "caput" e § 1^o, do Estatuto de Licitações e

⁶ Art. 7^o As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

- I - projeto básico;
- II - projeto executivo;
- III - execução das obras e serviços.

(...)

§ 2^o As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

(...)

- II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

⁷ Art. 6^o Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

- IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

(...)

- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

⁸ Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Contratos, porquanto os critérios de julgamento devem ser objetivos, definidos no edital, sem qualquer elemento, rito ou fator sigiloso, que possa, mesmo indiretamente, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Assim, a Administração Sorocabana deverá detalhar todos os serviços relativos a presente licitação, nos termos da lei de regência, para que as interessadas em participar do certame tenham os parâmetros básicos mínimos para a elaboração de suas propostas de forma consistente e isonômica.

No que toca ao cruzamento de critérios de julgamento encontrados no ato de convocação idealizado pela Municipalidade Sorocabana, por meios dos subitens "1.2"⁹, "9.1"¹⁰ e "11.1.1.1"¹¹, é **procedente** a insurgência da representante, tanto que houve o reconhecimento da própria Prefeitura acerca da falha, sendo que anuncia a correção da peça editalícia no que tange aos subitens mencionados para que haja legalidade redacional com o contido no artigo 15¹², inciso I, da Lei Federal nº 8.987/95.

No que indica à ausência de pesquisa de preços e a utilização da Tabela Brasileira de Valores de Funeral e outros Serviços, de modo igual, **confirma-se** razão à peticionária, porquanto a utilização da aludida Tabela foi rechaçada por esta Corte, mediante o julgamento pelo E. Plenário, em sessão de 14/03/2012, no processo TC-000117/989/12-9, sob minha relatoria, cujo excerto reproduzo, "ipsis verbis":

"Outro ponto que merece ser objeto de ampla reforma é o referencial de preços adotado para o certame, baseado na "Tabela Brasileira de Valores de Funeral e Outros Serviços".

Observo que esta tabela é subscrita por algumas associações e entidades sindicais representantes de empresas que atuam no ramo dos

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

⁹ 1.2 - A presente licitação é do tipo MENOR VALOR DA TARIFA DO SERVIÇO PÚBLICO A SER PRESTADO, e se processará de conformidade com este edital, pela Lei Federal nº 8.666/93, e alterações posteriores, neste ato intitulada LEI, pela Lei 8987/95, pelas Leis Municipais nº 4.595/94 e nº 5.271/96.

¹⁰ 9.1 - Mensalmente, até o 10º dia do mês seguinte ao vencido, as Concessionárias deverão proceder ao pagamento da retribuição aos cofres públicos.

¹¹ 11.1.1.1 - O percentual de desconto oferecido será o mesmo da retribuição mensal sobre o faturamento.

¹² Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

serviços funerários, não servindo efetivamente como parâmetro local para avaliação de preço e economicidade dos serviços do objeto, de forma a garantir que não haverá na contratação a prática de atos antieconômicos.

Conforme destacou o Secretário-Diretor Geral, '(...) chama a atenção o referencial de preços adotado pela Prefeitura Municipal de São Sebastião, eis que trata-se de uma tabela com vigência em 2007/2008, emitida por entidades que defendem os interesses privados das empresas que prestam serviços funerários e somente por elas poderá ser utilizada.'

Além disso, o critério de avaliação de propostas, com base nos maiores descontos sobre a referida tabela, afronta diretamente a vedação do inciso X, do artigo 40¹³, da Lei de Licitações, pela qual está proibida a adoção de critérios estatísticos e faixas de variação em relação a preços de referência."

Ademais, salutar a citação do Ministério Público de Contas neste quesito "Além disso, como bem salienta o representante, a referida tabela não descreve detalhadamente os diversos tipos de funerais, o que torna impossível a elaboração de propostas baseadas nos preços ali trazidos, por falta de elementos objetivos".

Cumpre ressaltar que a elaboração prévia e criteriosa de ampla pesquisa de preços no mercado pela Administração Pública é de fundamental importância, no caso concreto, entre outros efeitos, para avaliar a viabilidade econômica da concessão e da contratação, bem assim nortear o julgamento do pleito, com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, em atendimento ao insculpido no artigo 3º, "caput", da lei de regência.

A mencionada pesquisa de preços é um instrumento que conduz a Administração para uma contratação

¹³ Art. 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:

(...) Omissis

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;

eficiente, focada em planejamento, organização e resultados, garantindo o eficaz cumprimento da execução contratual.

A investigação de preços está longe de ser uma simples exigência formal, prevista na Lei de Licitações, ao contrário, sua importância resulta na confiabilidade, na realidade, para que o órgão e entidade administrativa analise a razoabilidade dos preços ofertados em prol do interesse público tutelado.

Assim, a precária, ou melhor, a ausência de pesquisa prévia de preços configura afronta ao preceito do artigo 40, § 2º, incisos I e II, da Lei Federal nº 8.666/93, porquanto constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos, além do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

No magistério de Marçal Justen Filho¹⁴ *"(...) a teoria dos custos de transação comprova que o empresário privado incorpora nos seus preços os riscos relacionados com a incerteza. Portanto, o resultado prático é que atribuir ao particular o dever de responder por encargos incertos e indeterminados gera acréscimo despropositado de custos. A tarifa a ser cobrada dos usuários será elevada para cobrir tais despesas"*.

Deste modo, deve a Administração representada proporcionar franqueamento dos dados necessários da concessão às licitantes, a fim de que possam confeccionar seu fluxo de caixa adequado e isonomicamente, garantindo competitividade ao pleito.

No que pertine à falta de estudo econômico no ato de convocação para os atendimentos gratuitos, **procedente** o inconformismo da representante, porquanto, embora não se desacredite do relatório confeccionado pela Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários, não há demonstração no edital o que acontece no Município de Sorocaba especificamente.

Ademais, as tabelas financeiras anexadas ao presente feito não evidenciam os serviços gratuitos que deverão ser realizados de forma obrigatória sem ônus para as partes beneficiadas e à Prefeitura, não oportunizando às

¹⁴ Obra citada. Págs. 214/215.

licitantes dados relevantes para a elaboração do seu fluxo de caixa.

Neste mister, relevante o a assertiva do Ministério Público de Contas *"Assim, se o município usualmente realiza número consideravelmente menor de funerais em relação à média nacional, fica evidente que o quantitativo de prestadoras do serviço deve se adequar à realidade local. Da mesma forma, a prefeitura dispõe de meios necessários para apurar o percentual municipal de atendimentos gratuitos, não havendo razões para se utilizar da média nacional"*.

Carece, portanto, a representada expor os dados financeiros correspondentes aos serviços gratuitos preconizados no subitem "5.6", do ato de convocação, relativos ao Município de Sorocaba, a fim de prestigiar a correta elaboração da proposta financeira das licitantes.

A representada nada aduziu acerca da falta de previsão editalícia acerca da reversibilidade dos bens afetos aos serviços concedidos, o que se dá por **procedente** a queixa da representante.

É cláusula essencial que deve fazer parte tanto do edital, quanto do contrato, conforme preceituam os artigos 18¹⁵, inciso X, e 23¹⁶, inciso X, da Lei Geral das Concessões, produzindo consequências ao Poder Público, conforme o conceito do artigo 36¹⁷, do mesmo diploma legal.

Por fim, nada obstante as alegações de defesa da Municipalidade de Sorocaba, **procede** a insurgência da representante, pois há falha formal na redação do subitem "13.2.2.1"¹⁸, do edital, porquanto, efetivamente, nada estabelece a respeito do dever das classificadas que ficaram em terceiro a sexto lugar no certame de igualar seus preços aos da primeira. Deve, assim, a Administração corrigir o texto editalício neste ponto.

¹⁵ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

X - a indicação dos bens reversíveis;

¹⁶ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

X - aos bens reversíveis;

¹⁷ Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

¹⁸ 13.2.2.1 - Sendo o preço proposto pela primeira classificada aceito, a segunda classificada deverá igualar seus preços aos mesmos valores propostos.

Deste modo, o único desfecho possível para o caso em apreciação, é a **anulação do procedimento licitatório**, em face do acúmulo de falhas encontradas no certame, que possui força suficiente para ofender os primados isonomia e da eficiência insculpidos na Carta da República e lei de regência.

Ante o exposto, e por tudo o mais consignados nos autos, acolhendo a posição lançada pela Assessoria Técnica, Chefia de ATJ e Ministério Público de Contas, **VOTO** por **DETERMINAR A ANULAÇÃO** do procedimento licitatório na modalidade Concorrência nº 34/2011, promovida pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA**, bem assim do edital respectivo, sem embargo das demais determinações contidas no corpo deste voto.

Por fim, concluídas as providências e anotações de estilo, os autos deverão seguir para a Unidade Regional competente, a fim de ser apurado o cumprimento da determinação ora proferida, arquivando-se, por último, o procedimento eletrônico.

ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO

PVL/.