



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

PROCESSO Nº: 417296/10

ASSUNTO: CONSULTA

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE TOLEDO

INTERESSADO: JOSE CARLOS SCHIAVINATO

RELATOR: CONSELHEIRO HERMAS EURIDES BRANDÃO

ACÓRDÃO Nº 2197/11 - Tribunal Pleno

CONSULTA. LICITAÇÃO. PREGÃO. NÚMERO MÍNIMO DE LICITANTES.

1. Relatório

Encerram os presentes autos indagação formulada pelo Prefeito do Município de Toledo acerca das seguintes dúvidas:

- É necessário estabelecer-se número mínimo de participantes em licitações na modalidade de Pregão?
- Em caso de ser possível a realização de Pregão com apenas um participante, é necessário e possível que tal critério seja estabelecido por lei municipal?

Por meio do Despacho nº 1303/10 (peça 4), a consulta foi devidamente recebida.

O expediente foi encaminhado à Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, que se manifestou por meio da Informação nº 51/10 (peça 5), informando que não foram encontradas decisões acerca do assunto consultado.

Em cumprimento ao Despacho nº 1303/10, o feito foi encaminhado à Comissão Permanente de Licitação (Informação nº 41/10, peça 6), a qual apregoa que “não há disposição da Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002 que exige nº mínimo de participantes ao certame licitatório, na modalidade Pregão”. Afirma a unidade que “no caso do pregão a convocação é de maior amplitude, via edital, especialmente o eletrônico, e nenhuma delimitação compensatória da competitividade é prevista nas normas que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

regem essa modalidade. Logo, o procedimento prosseguirá com qualquer número. Se se verificar que apenas um for o licitante, sua proposta será conhecida e examinada”. Relativamente ao segundo questionamento, a CPL entende que não há necessidade de se estabelecer tal critério em Lei Municipal, bastando aplicação direta da Lei nº 10.520/2002 e seu Decreto regulamentador.

A Diretoria de Contas Municipais (Instrução nº 987/11, peça 9) responde aos questionamentos formulados afirmando que a) desnecessária a estipulação de número mínimo de participantes na modalidade de pregão. Embora o legislador tenha sido omissivo, a quantidade mínima já é de um licitante, para que o certame não seja declarado deserto; b) Recomenda-se que na realização de pregão com apenas um participante, a Administração analise, no caso concreto, a viabilidade do prosseguimento do certame, avaliando se o preço oferecido atende ao interesse público, assim como, se a proposta é exequível. Em caso contrário, que a decisão seja exaustivamente motivada. Não é possível que tal critério seja estabelecido por lei municipal, pois infringiria o parágrafo único do artigo 22 da CF/88. Todavia, há possibilidade de regulamentação do pregão por meio de decreto municipal, desde que atendidos os requisitos da Lei 8.666/93.

O Ministério Público junto a este Tribunal de Contas (Parecer nº 6887/11, peça 10) entende, respondendo aos quesitos propostos, que: a) não há necessidade de se estabelecer um número mínimo de participantes para realização de licitação na modalidade pregão. Caso compareça um interessado, não haverá a etapa de lances, analisando-se direto a proposta do licitante; b) o Município não é autorizado pela Constituição Federal a editar lei municipal que trate de matéria relativa à licitação, podendo, se julgar necessário, regulamentar a matéria por meio de Decreto Municipal.

Vieram-me os autos para a decisão.

É o conciso relatório.

2. Fundamentação



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

2.1. Preliminares

Preliminarmente, comportam os autos as condições necessárias a sua admissibilidade. O consulente é parte legítima para suscitar o presente expediente nesta Corte de Contas, consoante faculta o art. 39, II, da Lei Complementar n. 113/2005¹. Dado o prescrito no art. 71, Constituição Federal, a dúvida versa acerca da aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de competência deste Tribunal de Contas. No mais, o feito encontra-se devidamente instruído e quesitado.

Destarte, conheço da presente consulta.

2.2. É necessário estabelecer-se número mínimo de participantes em licitações na modalidade de Pregão?

Atentando-se especificamente à literalidade do questionamento, o consulente indaga acerca da necessidade do estabelecimento de número mínimo de licitantes em pregão. Nos estritos termos da pergunta, impende concluir pela desnecessidade de fixação de número mínimo.

Ora, não é necessário, indispensável, ou forçoso o estabelecimento de tal número mínimo.

Utilizando-se da competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII), outorgada privativamente pela Constituição, a União editou a Lei n. 10520/2002, fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 2182-1/20018, estabeleceu nova modalidade licitatória (pregão), facultando sua utilização às administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios².

Em que pese a Lei nº 10.520/2002 apresentar-se como uma norma um tanto sintética (são apenas 13 artigos a regular todo o

¹ Art. 39. Estão legitimados para formular consulta: II – no âmbito municipal, Prefeito, Presidente de Câmara Municipal, dirigentes de autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações instituídas e mantidas pelo município, consórcios intermunicipais e conselhos constitucionais e legais, conforme previsto em Regimento Interno.

² O pregão é introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações) como modalidade licitatória aplicável exclusivamente no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações. Com a Medida Provisória nº 2.026/2000, o pregão torna-se modalidade de licitações aplicável apenas em nível federal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

procedimento), há dispositivos específicos acerca do número de licitantes, ou, pelo menos, isso pode ser abstraído da lei. Por óbvio, em momento algum, a Lei nº 10.520/02 fixa um número mínimo de licitantes a autorizar o prosseguimento do feito, mas ao regular o procedimento deixa clara a possibilidade de desenvolvimento do certame com apenas um licitante.

Na sessão pública de julgamento das propostas e de lances, ordinariamente regulada pelo art. 4º da Lei nº 10.520/02, após a abertura formal do procedimento e credenciamento dos licitantes presentes, proceder-se-á abertura dos envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. Ora, protocolizada que seja apenas uma proposta, há que se atentar para o mesmo procedimento de verificação da consonância da proposta com o instrumento convocatório (inc. VII). É claro, a presença de um único licitante ao pregão inviabiliza a fase de lances (dada a impossibilidade fática do estabelecimento de disputa sem que se tenha pelo menos dois licitantes), mas não dispensa as outras etapas do procedimento. Assim, mesmo que presente um licitante, há que serem verificados os requisitos de habilitação, após deve o pregoeiro proceder à negociação direta com o proponente (inc. XVII), para, finalmente, declarar o vencedor e consequente adjudicação e homologação do procedimento (incs. XVIII, XX, XXI e XXII).

Convém não se esquecer que a eventual presença de apenas um único proponente na licitação poderia evidenciar restrições indevidas à competitividade verificadas no instrumento convocatório ou deficiências, dissonantes com a legalidade, na publicidade do certame. Em não as havendo, se legítimas as exigências constantes do edital e respeitados os prazos e os meios de publicidades, o certame pode continuar com a presença de um único licitante. Tão só para ilustrar, o próprio TCU já firmou jurisprudência no sentido de que não há impedimento à participação de um único licitante em licitações realizadas sob a modalidade pregão:

Quanto ao comparecimento de somente uma empresa ao pregão em tela, alinhemo-nos à unidade técnica no



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

sentido de que não há impedimento na legislação à conclusão da licitação, a menos que o edital contenha exigências restritivas ao caráter competitivo do certame, o que se verificou no caso (TCU: Acórdão 408/2008 — Plenário, *DOU* de 14/03/2008).

Considerando-se que a apresentação de somente um licitante configura indício, mas não evidência, de que a competitividade da licitação teria restado em alguma proporção prejudicada, realizou-se a ora combatida determinação. Note-se que o Tribunal não entendeu serem tais irregularidades bastantes para a anulação do contrato, nem que o comparecimento de apenas um licitante constitui qualquer tipo de óbice à contratação (TCU: Acórdão 1316/2010 — Primeira Câmara, *DOU* de 19/03/2010).

Em verdade, como a lei não fixou um número mínimo vislumbra-se como possível juridicamente que a lei municipal assim estabelecesse em homenagem ao princípio da competitividade. No entanto, como referenciado pela DCM há que se atentar pelos possíveis reflexos danosos de tal estipulação nas contratações públicas, eis que “se trata de uma decisão que possui ‘via de mão dupla’, pois ao se tentar remediar a falta de participantes legitimando uma licitação com número reduzido de licitantes, em contrapartida está se restringindo o poder de decisão da Administração em face das circunstâncias do caso concreto” (Instrução nº 987/11, fls. 3).

Atente-se que a estrutura procedimento do pregão, na forma preconizada pela Lei nº 10.520/02, possui como uma de suas principais características a celeridade procedimental, apenas conseguida com a concentração de atos na sessão pública, com a inversão de fases do procedimento e com a unificação da fase recursal. Tal celeridade, imanente ao pregão, poderia ser sensivelmente afetada com a fixação de número mínimo de licitantes, em quaisquer parâmetros que sejam. Ademais, subsiste para a Administração a possibilidade de revogar a licitação se deparar com apenas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

um único licitante com proposta em valor dissonante do mercado, como faculta o art. 49 da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente como autoriza o art. 9º da Lei nº 10.520/02. Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça encampa tal procedimento:

“O Poder Público pode revogar o processo licitatório quando comprovado que os preços oferecidos eram superiores ao do mercado, em nome do interesse público” (STJ, RMS 30481/RJ, 1ªT, Min. Denise Arruda, DJe 02/12/2009).

Destarte, embora não seja necessário o estabelecimento de número mínimo de participantes em licitações na modalidade de pregão, não haveria óbice legal para tanto.

Assim, não se faz necessário o estabelecimento de número mínimo de participantes em licitações na modalidade de pregão, pois a Lei nº 10.520/02 já possui procedimento próprio ao deslinde de licitação com apenas um único licitante.

2.3. Em caso de ser possível a realização de Pregão com apenas um participante, é necessário e possível que tal critério seja estabelecido por lei municipal?

Respondendo ao questionamento formulado, nos seus estritos termos, em que pese a subsistência da competência suplementar dos Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre normas específicas, não se faz necessário que seja estabelecido por lei municipal a possibilidade de realização de pregão com apenas um único licitante, pois o procedimento ditado na Lei nº 10.520/2002, detém solução para a questão.

Diferentemente do apregoadado pela Diretoria de Contas Municipais (Instrução nº 987/11, peça 9) pelo Ministério Público (Parecer nº 6887/11, peça 10), é juridicamente admissível a edição de lei municipal a tratar sobre pregão.

Concessa venia, a literalidade do parágrafo único do art. 22 da Constituição que apregoa que “lei complementar poderá autorizar os Estados a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”, não exclui a competência legislativa suplementar dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Primeiro, porque nesse ponto específico (competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratos), a Constituição se esquivou da boa técnica. O legislador constitucional confundiu os conceitos e deslocou topograficamente (do art. 24 ao 22) o que seria uma hipótese de competência concorrente (daí logicamente falar-se em normas gerais) para a seara da competência privativa, em desarmonia com a sistemática constitucional. Ora, a própria Constituição é clara ao afirmar que “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” (art. 24, §1º), e continua, afirmando que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados”. A competência para legislar sobre normas gerais não guarda relação com privatividade. Ou como prefere Adilson de Abreu Dallari:

“A matéria de licitações e contratos não deveria estar prevista no art. 22 da Constituição Federal, que cuida da competência privativa, pois a referências a normas gerais já afasta automaticamente e logicamente a privatividade; essa matéria deveria figurar no art. 24, que cuida, exatamente, da competência da União para expedir normas gerais”³.

Em clara lição, José Afonso da Silva leciona:

“Não é, porém, porque não consta na competência comum que Estados e Distrito Federal (...) não podem legislar suplementarmente sobre esses assuntos. Podem e é de sua competência fazê-los, por que, nos termos do §2º do art. 24, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito

³ DALLARI, Adilson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 23.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Federal, embora não se diga aí), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no §1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados”⁴.

Segundo, as normas constantes do art. 22 e art. 24 da Constituição devem ser analisadas tendo em vista a sistemática e unidade constitucional, não podendo ser lidas de forma isolada, como preceitos normativos destituídos de contexto. Por óbvio, os art. 22 e art. 24 não esgotam a matéria sobre competência pra legislar, devendo ser sopesados com outros que diretamente regulem a matéria. Nesse sentido, não há como se afastar os inc. I e II do art. 30 da Constituição que outorgam aos Municípios a competência para, respectivamente, legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Entendimento compartilhado por José Afonso da Silva:

Ainda uma observação. A constituição não situou os Municípios na área de competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, o que vale possibilitar-lhe disporem especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconhecer à União apenas a normatividade geral”⁵.

⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 501/502.

⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 501/502.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Tal conclusão advém do respeito ao princípio da unidade da Constituição, cuja dinâmica foi claramente explicitada por J.J. Gomes Canotilho:

O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...). Daí que **o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios**⁶. (g.n.).

Assim, embora não se faça necessária tendo em conta que a lei do Pregão já ostenta procedimento licitatório em que comparece apenas um licitante, em atenção ao que preceitua à Constituição, em sua unidade, não há óbice juridicamente hábil a impedir a edição de lei pelo município acerca de licitação, desde objective, naquilo que couber, legislar sobre assuntos de interesse local e/ou suplementar a legislação federal e a estadual.

3. Voto

Diante do exposto, voto nos seguintes termos:

3.1. conhecimento da consulta formulada pela Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, para no mérito, responder:

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1207-1208



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

- a) Não se faz necessário o estabelecimento de número mínimo de participantes em licitações na modalidade de pregão, pois a Lei nº 10.520/02 já possui procedimento próprio ao deslinde de licitação com apenas um único licitante.
- b) Embora não se faça necessária tendo em conta que a lei do Pregão já ostenta procedimento licitatório em que comparece apenas um licitantes, em atenção ao que preceitua à Constituição, em sua unidade, não há óbice juridicamente hábil a impedir a edição de lei pelo município acerca de licitação, desde objetivo, naquilo que couber, legislar sobre assuntos de interesse local e/ou suplementar a legislação federal e a estadual.

3.2. após a publicação da decisão no periódico Atos Oficiais do Tribunal, à Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca para os registros pertinentes, no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno.

É o voto.

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro HERMAS EURIDES BRANDÃO, por unanimidade, em:

I - Conhecer da consulta formulada pela Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná para, no mérito, responder:

- a) Não se faz necessário o estabelecimento de número mínimo de participantes em licitações na modalidade de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

pregão, pois a Lei nº 10.520/02 já possui procedimento próprio ao deslinde de licitação com apenas um único licitante.

- b) Embora não se faça necessária tendo em conta que a lei do Pregão já ostenta procedimento licitatório em que comparece apenas um licitantes, em atenção ao que preceitua à Constituição, em sua unidade, não há óbice juridicamente hábil a impedir a edição de lei pelo município acerca de licitação, desde objetivo, naquilo que couber, legislar sobre assuntos de interesse local e/ou complementar a legislação federal e a estadual.

II - Encaminhar à Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca para os registros pertinentes no âmbito de sua competência definida no Regimento Interno, após a publicação da decisão no periódico Atos Oficiais do Tribunal.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, HEINZ GEORG HERWIG, HERMAS EURIDES BRANDÃO e IVAN LELIS BONILHA e o Auditor IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente o Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, LAERZIO CHIESORIN JUNIOR.

Sala das Sessões, 10 de novembro de 2011 – Sessão nº 41.

HERMAS EURIDES BRANDÃO
Conselheiro-Relator

FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES
Presidente