

Processo: 1031577
Natureza: DENÚNCIA
Denunciantes: Comercial Real de Pneus Ltda. e Larissa Torres Machado - EPP
Órgão: Prefeitura Municipal de Matipó
Responsáveis: Valter Mageste de Ornelas, Antônio Carlos Pereira e Wendel Salum Dourado
Apenso: Denúncia 1031662
MPTC: Cristina Andrade Melo
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

SEGUNDA CÂMARA – 17/11/2020

DENÚNCIAS. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS. CRITÉRIOS SUBJETIVOS ESTABELECIDOS NO EDITAL. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. CERTIFICADO DO IBAMA EMITIDO EM NOME DO FABRICANTE. EXCLUSÃO DO IMPORTADOR. RESTRIÇÃO. PROCEDÊNCIA. DIVERGÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA. SEGURANÇA JURÍDICA. RECOMENDAÇÕES. EXIGÊNCIA DE PNEUS DE PRIMEIRA LINHA. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. RESTRIÇÃO POR DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA. INOBSERVÂNCIA AO PRAZO LEGAL PARA ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS APÓS A RETIFICAÇÃO DO EDITAL. PROCEDÊNCIA. ERRO GROSSEIRO. APLICAÇÃO DE MULTA. RESTRIÇÃO AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

1. O fato de o edital não explicitar para quais itens será necessária a apresentação de amostra pode acarretar decisão subjetiva da Administração, comprometendo, em tese, a isonomia entre os licitantes. A apresentação de amostra de produtos, quando necessária, deve ser exigida apenas dos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar.
2. A exigência de certidão de regularidade junto ao Ibama é razoável, uma vez que não fere a isonomia, nem o caráter competitivo do certame, sendo, ao contrário, norma que visa a proteção do meio ambiente, de matriz constitucional, sendo dever de todos aqueles que exercem atividade econômica. No entanto, a exclusão da possibilidade de que a certidão seja entregue em nome do importador de pneus estrangeiros é restritiva e pode ser prejudicial à ampla concorrência. Considerando a existência de relevante divergência na jurisprudência do TCEMG acerca da exigência de certidão de regularidade junto ao Ibama, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, aplicável à esfera controladora, nos termos do art. 30 da Lei n. 13.655/2018, não se mostra razoável a aplicação de sanção aos gestores públicos.
3. A exigência relacionada à expressão “pneu primeira linha” é amplamente utilizada no mercado e mostra-se razoável sempre que necessária para garantir a durabilidade e segurança dos referidos produtos e, considerando a existência de justificativa razoável pela Administração, a sua presença, por si só, não resulta em julgamento com nuances de subjetivismo.
4. O planejamento adequado na fase interna do certame é essencial para que o gestor público se adiante e identifique a eventual ausência de microempresas e empresas de pequeno porte

aptas a atender o objeto almejado, e, portanto, justifique tal situação, nos termos do art. 49 da Lei Complementar n. 123/2006.

5. É possível estabelecer critérios de restrição geográfica nas licitações em que se estabelece tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte localizadas regionalmente, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, desde que a Administração justifique os motivos para o seu emprego, abordando as particularidades do objeto e do mercado local/regional.
6. Nos termos do art. 4º, V, da Lei n. 10.520/2002, c/c o art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, qualquer modificação do edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o seu texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afete a formulação das propostas.
7. A disponibilização apenas da forma presencial para a interposição de recursos restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, é necessário que o instrumento convocatório admita, ainda que excepcionalmente, outras formas de interposição de recursos à distância, nos termos do art. 40, VIII, da Lei n. 8.666/93.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidade das denúncias, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil;
- II) aplicar multa individual ao pregoeiro, Sr. Antônio Carlos Pereira, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), diante da inobservância do prazo legal para elaboração de novas propostas após a retificação do edital, item 4.2 da fundamentação;
- III) afastar a responsabilidade do prefeito de Matipó, Sr. Valter Mageste de Ornelas, autoridade que homologou o certame (fl. 667 dos autos de n.1031662); e do assessor jurídico, Sr. Wendel Salum Dourado, por não verificarem nexos de causalidade entre a irregularidade detectada e suas condutas, com relação ao item 4.2 da fundamentação;
- IV) afastar a aplicação de penalidades a todos responsáveis, diante das circunstâncias do caso, quanto aos seguintes apontamentos: item 1 da fundamentação, relativo à exigência de apresentação de amostra dos pneus, após adjudicação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; item 2, no que tange à exigência de certificado do Ibama emitido somente em nome do fabricante; itens 4.1 e 4.2, relacionados à interpretação da Lei Complementar n. 123/2006; e item 5, relacionado à restrição quanto ao recebimento da impugnação, item 13.7 do edital;
- V) julgar improcedente o apontamento atrelado à exigência de pneus de primeira linha, item 3 da fundamentação;
- VI) recomendar aos atuais gestores da Prefeitura de Matipó que nos próximos certames:
 - a) fixem critérios objetivos para a análise das amostras, exigindo-as apenas na fase de classificação e dos licitantes classificados em primeiro lugar;
 - b) incluam a exigência de certificado de regularidade do Ibama não somente em nome dos fabricantes de pneus, mas também em nome dos importadores;

- c) atentem-se aos entendimentos deste Tribunal no que tange à aplicação da Lei Complementar n. 123/2006; e
 - d) ampliem as possibilidades de interposição de recurso e/ou de impugnação por meio da rede mundial de computadores ou por fax;
- VII) determinar que os denunciados sejam comunicados pelo DOC;
- VIII) determinar a intimação dos responsáveis, por via postal, bem como do Ministério Público de Contas, na forma regimental;
- IX) determinar o arquivamento dos autos, promovidas as medidas cabíveis à espécie, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila. Vencidos, em parte, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 17 de novembro de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 1/10/2020

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncias formuladas por Comercial Real de Pneus Ltda. – ME e Larissa Torres Machado – EPP, em face do Procedimento Licitatório n. 8/2018, Pregão Presencial n. 8/2018, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Matipó, tendo como objeto a aquisição de pneus.

Em síntese, fls. 1/6, autos de n. 1031577, a empresa denunciante, Comercial Real de Pneus Ltda. – ME, relatou que o instrumento convocatório teria restringido a competitividade do certame, uma vez que teria exigido (i) apresentação de amostra dos pneus, após adjudicação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; (ii) certificado do Ibama emitido somente em nome do fabricante; (iii) pneus de primeira linha. Além disso, apontou que a Administração (iv) não teria destinado cotas para microempresas e empresas de pequeno porte, em inobservância aos arts. 47 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006.

A seu turno, fls. 1/10, autos de n. 1031662 (em apenso), a empresa denunciante Larissa Torres Machado – EPP apontou que (v) não teria sido observado o prazo legal para elaboração das propostas após a publicação do termo de retificação que teria destinado os itens 1, 2 e 3 do anexo I do edital às microempresas e empresas de pequeno porte, bem como que (vi) o modo de conduzir certame teria sido modificado erroneamente para a disputa da cota reservada, uma vez que teria havido restrição indevida por delimitação de região demográfica. Por fim, alegou que (vii) os meios de impugnação ao instrumento convocatório estariam indevidamente restritos ao comparecimento *in loco*, na sede da Prefeitura.

A Denúncia n. 1031577 foi recebida pela Presidência em 29/1/2018, ao passo que a Denúncia n. 1031662 (em apenso) o foi em 15/2/2018.

À fl. 60/60v, antes da apreciação do pleito cautelar, o então relator determinou a intimação do Sr. Valter Mageste de Ornelas, prefeito de Matipó, e do Sr. Antônio Carlos Pereira, pregoeiro, para que apresentassem justificativas e esclarecimentos que entendessem pertinentes acerca das questões abordadas na denúncia, bem como encaminhassem a esta Corte cópia de todo o processo licitatório, fases interna e externa, inclusive ata da sessão, o que foi cumprido, consoante justificativas de fl. 65/72 e documentos de fls. 73/539 anexados aos autos.

À fl. 541/541v, o relator verificou que a Administração retificou o edital para se adequar às normas constantes da Lei Complementar n. 123/2006, quanto à outorga de tratamento diferenciado às EPP, ME e MEI. Ademais, observou que o certame contou com considerável competitividade, razão pela qual, em juízo superficial e de urgência, entendeu suficientes as ponderações do gestor para afastamento dos requisitos necessários à concessão de pleito cautelar. Ao final, determinou que os autos fossem encaminhados à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 2ª CFM para análise e, após, ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

Em estudo inicial, fls. 546/559v, a Unidade Técnica concluiu pela procedência dos apontamentos “iii”, “iv”, “v”, “vi” e “vii”, pela procedência parcial do apontamento “i” e pela improcedência do apontamento “ii”. Dessa forma, opinou pela citação dos responsáveis para apresentarem defesa em relação aos apontamentos tidos como procedentes. Por sua vez, o *Parquet* Especial, fls. 561/562, registrou que não teria apontamento complementar a ser realizado e também opinou pela citação dos responsáveis.

Os autos foram redistribuídos a minha relatoria e, em seguida, fl. 563/563v, determinei a citação dos Srs. Valter Mageste de Ornelas, Antônio Carlos Peireira e Wendel Salum Dourado, assessor jurídico, para apresentarem defesa e/ou documentos que entendessem pertinentes sobre os apontamentos constantes das denúncias.

À fl. 572/572v, após verificar que os avisos de recebimento anexados às fls. 567/569, destinados aos mencionados agentes, encontravam-se assinados por terceiros, determinei, com o objetivo de se evitar a arguição de eventuais nulidades no processo, a renovação da citação dos responsáveis por ARMP. Contudo, embora regularmente citados, os gestores não se manifestaram, consoante certidão de fl. 584.

Em parecer conclusivo, fls. 586/589, o *Parquet* Especial registrou que a revelia não impediria o prosseguimento do feito, conforme arts. 152 e 153 do RITCEMG. Ademais, quanto à responsabilidade dos agentes públicos, salientou que as irregularidades constatadas teriam constituído descumprimento expresse, seja por negligência e/ou imperícia, das normas atinentes às contratações públicas, bem como entendimentos pacíficos do TCE/MG e do TCU, razão pela qual poderiam ser caracterizadas como “erro grosseiro” nos termos do art. 28 da Lindb. Dessa forma, e tendo em vista que a análise sobre a aquisição pública de pneus seria assunto recorrente no âmbito do TCE/MG, concluiu pela responsabilização, com aplicação de multa, do pregoeiro – responsável pelo edital, homologação e adjudicação – e do assessor jurídico – parecerista do pregão –, discordando, entretanto, quanto à responsabilização do prefeito, já que sequer teria sido o responsável pela homologação do certame.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Exigência de apresentação de amostra dos pneus, após adjudicação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas

Conforme relatado, a denunciante apontou, fl. 1, que seria irregular a exigência de apresentação de amostra dos pneus após a adjudicação no prazo de 48 (quarenta e oito) horas para avaliação do mecânico.

Às fls. 549/550, a 2ª CFM entendeu pela procedência parcial do apontamento, nos seguintes termos:

[...]

A exigência de amostras objetiva averiguar as características do produto ofertado com as especificações estabelecidas no ato convocatório da licitação, em especial no que diz respeito à qualidade, durabilidade, desempenho e funcionalidade do objeto licitado, fortalecendo, assim, a efetividade do princípio da eficiência da Administração Pública. Não obstante, uma vez imposta a exigência de amostra, as condições para análise devem estar previstas no ato convocatório e não podem ter critérios subjetivos e nem ficar ao livre arbítrio dos membros da Comissão de Licitação. Na modalidade pregão, inclusive, há entendimento pacificado de que é vedada a exigência de apresentação de amostras ou protótipo antes da fase de lances, devendo a obrigação ser imposta, portanto, somente ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, quanto ao valor e objeto, quando caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da aceitabilidade do objeto ofertado, o que se encontra de acordo com art. 4º, inciso XI, da Lei 10.520/2002.

Neste sentido é o posicionamento de Marçal Justen Filho: "Tornou-se pacífico o entendimento de ser vedada a apresentação de amostras por todos os licitantes. Essa solução infringe o princípio da proporcionalidade-necessidade, eis que somente se produz a análise da amostra apresentada pelo licitante que tenha formulado o lance de menor valor.

Submeter todos os demais licitantes a apresentar amostras equivale a generalizar um encargo econômico inútil – o qual se traduz num desincentivo à participação na licitação".

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais possui o mesmo entendimento, conforme se observa da Cartilha "Principais Irregularidades Encontradas em Editais de Licitação - Pneus", e nos autos da Representação nº 714.212: *"De acordo como o referido estudo, foram observados indícios de irregularidades quanto à exigência de atestado de visita técnica e de apresentação de amostra na fase de habilitação; quanto à reunião de obras de quatro escolas no mesmo objeto; quanto ao não estabelecimento de requisitos para se aferir a qualidade da cerâmica a ser fornecida; bem como quanto ao fato de não constar nos autos o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários por escola (relatório de fls. 65 a 77)". "Desse modo, sendo certo que há sérios indícios de afronta à Lei n.º 8.666/93 e aos princípios norteadores da licitação, quais sejam, isonomia e seleção da proposta mais vantajosa para a administração, apresentam-se preenchidas as condições estabelecidas no § 1º, do art. 221 do RITCMG, suficientes para determinar a suspensão do certame". [...] (Liminar concedida pelo Relator Conselheiro Antônio Carlos Andrada e referendada pela Segunda Câmara na sessão de julgamento do dia 08/08/2006)*

Diante do acima exposto, resta claro que andou bem a Administração em fixar a exigência de apresentação de amostras apenas para as empresas vencedoras após a adjudicação. Não obstante, a determinação não se mostra totalmente regular, uma vez que no Edital não foram estabelecidos de forma objetiva os requisitos para se aferir a qualidade dos pneus a serem fornecidos. Dessa forma, incontestemente a afronta as Leis 10.520/2002 e 8.666/1993, além dos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Por fim, há que tratar do questionamento à apresentação de amostra ao profissional qualificado como mecânico pela Administração. Esta alegação, além de rasa, carece de fundamentação e adentra a discricionariedade e mérito administrativo. Neste ponto, a Unidade Técnica entende que não cabe a este Tribunal avaliar a qualificação dos profissionais designados pelo Ente para avaliara a amostra do objeto licitado. Proceder nesta análise seria invadir o mérito e a discricionariedade do Administrador, além de violar a separação dos poderes. Deve a Administração, conforme acima exposto, estabelecer previamente, no instrumento convocatório, os requisitos que serão avaliados para fins de aferição da qualidade do produto que está adquirindo e, por fim, designar entre os profissionais que integram o seu quadro, aquele com qualificação adequada que deverá proceder a averiguação do produto ofertado com as especificações estabelecidas, especialmente no que diz respeito à qualidade, durabilidade, desempenho e funcionalidade do objeto licitado. (Grifei)

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, fl. 588, entendeu pela procedência do apontamento, uma vez que "A ausência de critérios objetivos no edital para a análise das amostras constitui descumprimento do art. 4º, inciso XI da Lei Federal n. 10.520/02 e art. 3º da Lei Federal n. 8666/93, jurisprudência do TCE/MG, acórdãos n. 858.50515, n. 1.024.51216 e TCU: acórdãos n. 1.168/0917, 1.291/1118 bem como orientações encontradas na cartilha 'principais irregularidades encontradas em editais de licitação – pneus'".

Deveras, compulsando os autos, fls. 17/18, observei que o item 5.11 do instrumento convocatório exigiu "[...] amostragem dos pneus após a adjudicação do item vencido, no prazo de 48 horas, na sede da prefeitura para avaliação do mecânico", sem especificar o modo e o parâmetro para a referida avaliação. Por outro lado, fls. 36/37, constatei que o certame foi composto por 16 (dezesseis) itens, dentre eles pneus de diferentes categorias, protetores e câmaras de ar.

Dessa forma, tal como bem destacaram a Unidade Técnica e o *Parquet* Especial, o fato de o edital não explicitar para quais itens será necessário apresentar amostra pode efetivamente

acarretar uma decisão subjetiva da Administração, comprometendo, em tese, a isonomia dos licitantes, razão pela qual, em sintonia com a Unidade Técnica e com o Ministério Público de Contas, entendo que há irregularidade neste ponto.

Da mesma forma, está equivocada a exigência de amostras após a adjudicação do objeto do certame, uma vez que é pacífico na jurisprudência do TCU (Acórdãos 1.291/2011-TCU-Plenário, 2.780/2011-TCU-2ª Câmara, 4.278/2009-TCU- 1ª Câmara, 1.332/2007-TCU-Plenário, 3.130/2007-TCU-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara) que a apresentação de amostra, quando necessária, deve ser exigida na fase de classificação e apenas dos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar. Neste sentido, também vem entendendo este Tribunal, a exemplo do que foi decidido na Denúncia n. 997656, relator conselheiro Durval Ângelo, 1ª Câmara, sessão de 17/9/2009.

Todavia, é de se ressaltar que, no caso, não verifiquei prejuízos à competitividade do certame ou ao erário em decorrência destes apontamentos. Portanto, em que pese a existência desses vícios formais no instrumento convocatório, entendo suficiente a emissão de recomendação aos atuais gestores da Prefeitura Municipal de Matipó, para que, nos próximos certames licitatórios, fixem critérios objetivos para a análise das amostras e se limitem a exigí-las dos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar.

2. Certificado do Ibama emitido somente em nome do fabricante

A denunciante se insurgiu, fl. 1, contra a determinação de apresentação do certificado do Ibama atinente às empresas fabricantes dos pneus – item 6.6.2 do edital. Alegou que tal exigência seria “uma forma que a Administração está usando para exigir produtos de fabricação nacional e restringir a participação de produtos importados e desta forma burlar os princípios que norteiam o processo licitatório”.

Às fls. 550/551v, a 2ª CFM concluiu, em manifestação ratificada pelo Ministério Público de Contas, pela improcedência do apontamento, por entender, em suma, que o documento questionado seria de fácil acesso no endereço eletrônico oficial do Ibama, por qualquer cidadão, não configurando restrição à competitividade, conforme se observa no endereço eletrônico da entidade e, ainda, na fundamentação contida no Acórdão proferido nos autos da Denúncia n. 1040630, de relatoria do conselheiro Gilberto Diniz.

Inicialmente, registro que este Tribunal vem apresentando divergências de entendimentos sobre o tema, não havendo, portanto, uniformização nas decisões. Nessa esteira, saliento que, recentemente, alterei o meu convencimento para aplicar a jurisprudência que vem se consolidando no âmbito da Segunda Câmara desta Corte de que “[...] a exclusão da possibilidade de que a certidão seja entregue em nome do importador de pneus estrangeiros é restritiva e pode ser prejudicial à ampla concorrência”. Inclusive, no âmbito da Denúncia n. 1071480, de minha relatoria, a Segunda Câmara, na sessão do dia 23/7/2020, já havia aprovado por unanimidade a proposta de voto neste sentido, senão vejamos:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. PREFEITURA MUNICIPAL. FUTURO E POSSÍVEL FORNECIMENTO DE PNEUS. EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE PERANTE O IBAMA. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. IMPORTADOR. RESTRIÇÃO. PRINCÍPIOS DA RACIONALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E DA ECONOMIA PROCESSUAL. DIVERGÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. ENCERRAMENTO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. DATA DE FABRICAÇÃO DO PRODUTO NÃO SUPERIOR A 6 (SEIS) MESES NO MOMENTO DA ENTREGA. POSSIBILIDADE. AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. IMPROCEDÊNCIA. 1. A exigência de certidão de regularidade junto ao Ibama é razoável,

uma vez que não fere a isonomia, nem o caráter competitivo do certame, sendo, ao contrário, norma que visa a proteção do meio ambiente, de matriz constitucional, sendo dever de todos aqueles que exercem atividade econômica. No entanto, a exclusão da possibilidade de que a certidão seja entregue em nome do importador de pneus estrangeiros é restritiva e pode ser prejudicial à ampla concorrência. (Grifei) (Denúncia n. 1071480, relator conselheiro substituto Adonias Monteiro, Segunda Câmara, sessão do dia 23/7/2020)

Imperioso ressaltar, ainda, a decisão ratificada pela Segunda Câmara deste Tribunal no julgamento da Denúncia de n. 1077019, de relatoria do conselheiro substituto Victor Meyer, sessão do dia 20/2/2020, assim ementada:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS. CERTIFICADO DO IBAMA RESTRITO AO FABRICANTE. EXIGÊNCIA DE CUNHO RESTRITIVO. RETIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ISONOMIA E À AMPLA COMPETITIVIDADE. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO. 1. A exigência de certidão de regularidade junto ao IBAMA não fere o princípio da isonomia, tampouco o caráter competitivo do certame, sendo, ao contrário, condizente com a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, diretriz incluída na redação do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 pela Lei n. 12.349/2010. 2. A exclusão da possibilidade de que a certidão seja entregue em nome do importador de pneus estrangeiros é restritiva e pode ser prejudicial à ampla concorrência. (Grifei)

Diante do exposto, arrimando-me nos entendimentos proferidos pelo colegiado da Segunda Câmara desta Corte, entendo pela procedência deste apontamento.

No entanto, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, aplicável à esfera controladora, nos termos do art. 30 da Lei n. 13.655/2018, entendo não ser razoável responsabilizar os gestores, em virtude da divergência jurisprudencial sobre o tema, sendo cabível, assim como na Denúncia de n. 1084451, julgada em 23/7/2020, atinente ao mesmo jurisdicionado, a expedição de recomendação para que, nos próximos certames licitatórios, os gestores da Prefeitura de Matipó incluam a exigência de certificado de regularidade do Ibama não somente em nome dos fabricantes de pneus, mas também em nome dos importadores.

3. Exigência de pneus de primeira linha

Em síntese, fls. 3/4, a denunciante apontou que seria irregular a exigência de que os produtos sejam de primeira linha, conforme descrição do anexo I do edital.

Às fls. 552/553, a 2ª CFM entendeu pela procedência do apontamento, nos seguintes termos:

[...]

Consoante se extrai do entendimento pacificado pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, razão assiste ao denunciante, vez que trata-se de uma exigência que acaba por criar uma descrição obscura e subjetiva dos produtos a serem licitados e, conseqüentemente, uma impropriedade na identificação do objeto da licitação. Mencionada especificação acaba por deixar o julgamento a critério dos membros da Comissão de Licitação, o que não é objetivo e pode conduzir ao direcionamento do certame e, por conseguinte, a uma decisão arbitrária.

A exigência de produtos de “1ª linha” vai de encontro aos ditames dos artigos 3º, 14 e 15 da Lei 8.666/93, e dos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e da legalidade. Neste sentido é o entendimento agora pacificado desta Corte de Contas, conforme abaixo transcrito:

Releva destacar, ainda, que os itens 1 a 28 e 30 a 37 do Anexo I do edital estabelecem que os produtos sejam de ‘1ª linha’. O conceito de primeira linha carece de precisão necessária para a efetivação do princípio do julgamento objetivo previsto nos artigos 3º e 45 da Lei 8.666/93. Também esta Corte de Contas tem decidido no sentido de ser restritiva a exigência de que os produtos ofertados sejam de ‘1ª linha’, conforme voto do Conselheiro em exercício Gilberto Diniz, exarado na Denúncia nº 812398, sessão do dia 28/09/2010: Cumpre, também, observar que a elaboração do termo de referência, com a especificação do objeto de forma concisa, clara e precisa, como estabelecido pelo inciso II do art. 3º da Lei nº 10.520/02, é muito mais eficaz para garantir a boa qualidade do produto a ser adquirido do que a inclusão de aspectos desprovidos de especificidade como ‘primeira linha’ e ‘boa qualidade’. Desta forma, constata-se que a regra contida no item 9.7 compromete a clareza do texto e em nada contribui para a eficácia do procedimento, devendo, assim, ser excluída do instrumento convocatório.

Assim, diante do acima exposto, entende-se que o requisito de produtos de “1ª linha” presentes no Edital sob análise, viola o ordenamento jurídico pátrio por imprimir subjetividade na definição do produto a ser licitado.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, fl. 588v, também entendeu pela procedência do apontamento, haja vista que “A exigência de pneus de primeira linha constantes dos itens 3 e 4.5 do edital constitui descumprimento aos art. 3º, 14 e 15 da lei federal n. 8.666/93, as orientações do tribunal de contas de minas gerais constantes dos acórdãos n. 863.38713, 839.02014 e orientações encontradas na cartilha ‘Principais irregularidades encontradas em editais de licitação – pneus’”.

Compulsando o termo de referência, fls. 35/37, verifiquei que, de fato, a Administração exigiu produtos de “1ª linha” nos itens 1, 2, 3, 4, 5, 13 e 14, apontando como justificativa da contratação a “substituição dos pneus e estepes dos veículos oficiais da frota do Município de Matipó/MG, de modo a proporcionar maior segurança na utilização dos mesmos”.

Nesse ponto, com a devida vênia, dirijo dos entendimentos da Unidade Técnica e do *Parquet* Especial e mantenho o posicionamento adotado no âmbito da Denúncia n. 1084451¹, acolhido pela Segunda Câmara por unanimidade, no sentido de que a exigência relacionada à expressão “pneu primeira linha” é amplamente utilizada no mercado e mostra-se razoável sempre que necessária para garantir a durabilidade e segurança dos pneus, considerando a existência de justificativa razoável pela Administração, sendo que a sua presença, por si só, não resulta em julgamento com nuances de subjetivismo.

Diante do exposto, entendo que este apontamento da denúncia deva ser julgado improcedente.

¹ DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. PREFEITURA MUNICIPAL. FUTURO E POSSÍVEL FORNECIMENTO DE PNEUS. EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE PERANTE O IBAMA. POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO. IMPORTADOR. RESTRIÇÃO. PRINCÍPIOS DA RACIONALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E DA ECONOMIA PROCESSUAL. DIVERGÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. ENCERRAMENTO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. USO DA EXPRESSÃO PRIMEIRA LINHA NO EDITAL DE LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE. AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. ARQUIVAMENTO. [...] 3. A exigência relacionada à expressão “pneu primeira linha” é amplamente utilizada no mercado e mostra-se razoável sempre que necessária para garantir a durabilidade e segurança dos pneus, considerando a existência de justificativa razoável pela Administração, sendo que a sua presença, por si só, não resulta em julgamento com nuances de subjetivismo. (Segunda Câmara, sessão do dia 23/7/2020, relator conselheiro substituto Adonias Monteiro)

4. Interpretação da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014 – Tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte

Devido à interconexão entre os apontamentos “iv”, “v” e “vi”, registro que todos serão analisados neste tópico.

Em síntese, fl. 5, a denunciante apontou que a Administração teria deixado de observar os ditames da Lei Complementar n. 123/2006, que determina que os itens com valores inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deverão ser destinados às microempresas e empresas de pequeno porte.

Em seguida, no âmbito da Denúncia de n. 1031662 (em apenso), foi relatado, em suma, fls. 1/10, que a Administração teria retificado o edital na tentativa de sanar o vício decorrente do apontamento anterior, sem, contudo, observar o prazo legal para a elaboração de novas propostas e participação de novos licitantes após a publicação do termo de retificação. Além disso, aduziu que o modo de se conduzir o certame teria sido modificado erroneamente para a disputa da cota reservada dos itens 1, 2 e 3, uma vez que a assessoria jurídica não teria permitido que a empresa denunciante, com sede em João Monlevade, participasse da cota reservada, mesmo sendo ME/EPP, havendo, portanto, restrição indevida por delimitação de região demográfica. Por fim, alegou, à fl. 8, que “[...] a medida adotada pelo jurídico em eliminar a denunciante enquadrada como EPP dos itens 01, 02 e 03, através de mapa de área de atuação do IBGE, foi ilegal e pessoal com o único intuito de punir a denunciante pelo simples fato de ter impugnado edital além de lesar o erário público contratando com preço superior em 51% para o item 3”.

Às fls. 547/548v e 553v/558v, a 2ª CFM concluiu pela procedência dos apontamentos, por entender, em suma, que a Administração inicialmente não atendeu aos ditames da Lei Complementar n. 123/2006 e que, após a retificação, a escolha geográfica não estaria amparada por estudos técnicos e demonstrações fáticas, sendo que a delimitação regional feita pelo ente, baseado no parecer de sua assessoria jurídica, não teria razoabilidade, além do fato de que a retificação do edital teria modificado radicalmente as condições da licitação, de modo que deveria ter sido disponibilizado prazo necessário e adequado para elaboração das propostas de todos os possíveis interessados.

Inicialmente, destaco, separadamente, a cronologia dos fatos narrados pelas denúncias, nos termos descritos pela Unidade Técnica, fl. 553v:

[...] em 12/01/2018 ocorreu a última publicação do Edital do Processo Licitatório 08/2018 - Pregão 08/2018 (folhas 179 a 182); em 24/01/2018 a empresa Larissa Torres Machado EPP apresentou impugnação ao edital (folhas 190 a 196); em 25/01/2018 a assessoria jurídica do Município apresentou seu parecer (folhas 197 a 200); em 26/01/2018 houve a retificação do Edital, alterando os itens 3.1 e 7.1, seus Anexos I e II (folhas 201 e 202); em 29/01/2018 houve uma comunicação por e-mail para alguns licitantes referente a retificação em tela (folhas 264 a 269); e no dia 30/01/2018 ocorreu o julgamento das propostas e verificação da habilitação (folhas 283 a 286).

Destaco os principais fundamentos utilizados na análise da Unidade Técnica, quanto à destinação de cotas às microempresas e empresas de pequeno porte, fls. 547v/548v e 558/558v, *in verbis*:

[...] constata-se que a Administração de Matipó inicialmente não atendeu aos ditames da Lei Complementar 123/2006, acima transcritos. Após impugnação administrativa ao edital houve uma tentativa de cumprir os ditames legais, conforme se extrai do Termo de Retificação (folhas 172 e 173):

“a) Considerando o disposto no artigo 47, da Lei Complementar nº. 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº. 147/2014, e levando-se em conta que a aplicação do disposto no inciso I, do artigo 48, inviabiliza a ampla disputa, restringindo a competitividade entre os interessados, uma vez que não há, pelo menos, 3 (três) empresas locais ou regionais (Região nº 61 – Manhuaçu/MG, conforme classificação do IBGE) enquadradas como ME, EPP ou MEI, tendo como base a quantidade de interessados no certame de mesmo objeto realizado no ano de 2017, bem como a quantidade de interessados que solicitaram o edital deste certame; passa a ser aplicado o disposto no inciso III, do artigo 48, da LC 123/2006, com redação dada pela LC 147/2014, ao presente Pregão, ficando destinada a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto exclusivamente para contratação de ME (Microempresa), EPP (Empresa de Pequeno Porte) ou MEI (Microempreendedor Individual), nos termos da alínea “c”, deste Termo de Retificação”. “b) Em não havendo interessados para os itens reservados para ME’s, EPP’s ou MEI’s, ou se o preço alcançado após os lances ofertados pela referidas Empresas forem superiores aos respectivos preços médios estimados para os itens descritos na alínea “c”, deste Termo de Retificação, tais itens serão oportunizados para a disputa entre os demais licitantes, de acordo com a metodologia de lances verbais descrita no Edital do certame”; “c) Ficam os itens 01, 02 e 03, constantes do ANEXO I – MODELO DE PROPOSTA COMERCIAL, e do ANEXO II – TERMO DE REFERÊNCIA, ITEM 03, destinados exclusivamente para as empresas enquadradas como ME, EPP ou MEI”.

A Administração declarou que todos os itens licitados teriam valor estimado inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), mas que não poderia ser adotada a determinação contida no inciso I, do artigo 48, da Lei Complementar 123/2006, pois entendeu que “não há, pelo menos 3 (três) empresas locais ou regionais (Região nº 61 – Manhuaçu/MG, conforme classificação do IMBGE), enquadradas como ME, EPP ou MEI, tendo como base a quantidade de interessados no certame de mesmo objeto realizado no ano de 2017, bem como a quantidade de interessados que solicitaram o edital deste certame”. Em razão disso, resolveu adotar, apenas a determinação contida no inciso III do artigo 48 já transcrito, destinando os itens 01, 02 e 03 exclusivamente para as empresas enquadradas como ME, EPP ou MEI.

A motivação trazida pela Administração não está amparada por estudos técnicos e demonstrações fáticas que demonstrem o que alega. Além disso, não há qualquer justificativa para a adoção da Região 61, retro mencionada. A uma porque por regionalmente, em situações como a do presente caso, adota-se o entendimento legal que engloba todo o Estado (vide artigo 13, inciso IV, da Lei Estadual 20.826/2013; e artigo 1º, § 2º, inciso II, do Decreto 8.538/2015). A duas porque apontar como justificativa as empresas que participaram de licitação similar em 2017 e as empresas que solicitaram o edital em 2018, não é um critério técnico, vez que não se sabe quais foram os termos do edital de 2017, a solicitação de edital não estabelecer qualquer direito adquirido a participar do certame e, menos ainda, atesta que terceiros, incertos e não sabidos, poderiam ou não integrar a disputa. A três porque mais de uma EPP/ME sediada no Estado de Minas Gerais manifestou interesse de, competitivamente, participar do Pregão, sendo desarrazoado desprezar este dado.

Neste talante, cumpre considerar que a Lei Complementar 123/2006 não ampara as licitações que buscam estabelecer exclusividade para ME ou EPP localizadas em certa cidade ou região. A Lei se limita a estabelecer prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente. De acordo com o dispositivo legal o tratamento é “prioritário” e não exclusivo. Logo, a legislação não autoriza a restrição geográfica, mas apenas permite que a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada no local da licitação tenham preferência de contratação.

Diante do acima exposto, mesmo tendo ocorrido a retificação do Edital 08/2018 – Pregão 08/2018, nos termos acima transcritos, entende esta Unidade Técnica ser procedente o apontamento feito na denúncia, tendo havido o descumprimento da Lei Complementar

123/2006, além da ilegal tolerância a cláusulas e condições que restringiram e frustraram o caráter competitivo do certame, estabelecendo preferências e distinções em razão da sede dos licitantes.

[...]

A definição do que se entende por "regionalmente", expressão presente no artigo 49, II, da Lei Complementar 123/2006, conforme expresso na Cartilha "As Micro e Pequenas Empresas e a Nova Lei de Licitações Públicas - Lei Complementar 147" do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, já foi objeto da Consulta 887.734 respondida por este Tribunal. Na oportunidade, o TCE MG entendeu que compete ao próprio gestor delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, seu sentido e alcance. Devendo, ainda, demonstrar motivadamente que foi levado em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, previstos no artigo 47 da Lei Complementar 123/2006.

O artigo 47 da Lei Complementar 123/2006 rege que deverá ser dado tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional.

Extrai-se dos autos do Processo Licitatório 08/2018 - Pregão 08/2018 que a Administração entendeu por local, o município de Matipó/MG, e regionalmente, a região nº 61 (Região de Manhuaçu), segundo a classificação efetuada pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Todavia, não apresentou qualquer justificativa para a escolha da região e, menos ainda, o critério que embasou a delimitação. (Grifei)

É possível verificar na Ata de Julgamento de Habilitação e Propostas (folhas 283 a 286) que "houve a constatação de comparecimento de apenas uma única Empresa enquadrada na condição de ME/EPP situada na microrregião, motivo pelo qual, em consonância com o disposto no item "a", do Termo de Retificação do Edital, haveria o direito de participação como ofertante neste item apenas a Empresa PNEUS LÍDER PEÇAS E SERVIÇOS EIRELI - ME, já que sediada em Município da microrregião da qual faz parte o Município de Matipó".

A escolha da Administração Municipal, a qual está desprovida de motivação idônea, se mostra desarrazoada e incapaz de atingir a finalidade de promover a valorização das pequenas e médias empresas, uma vez que, como mesmo aparece nos autos do processo, na região delimitada apenas uma empresa de pequeno porte manifestou o seu interesse em licitar e, mesmo tendo havido a manifestação de interesse de outras empresas do Estado, como a própria denunciante, o Município optou por permanecer com a restrição e, dessa forma, causar o direcionamento da aquisição de três itens a uma única empresa.

A delimitação regional feita pelo Ente, baseado no parecer de sua assessoria jurídica, conforme exposto, não atende a razoabilidade, se mostra muito limitada e, principalmente, desprovida de motivação justa. Se observamos o disposto no inciso IV do artigo 13 da Lei Estadual 20.826/2013, entende-se todo o Estado de Minas Gerais, sendo no mesmo sentido o artigo 1º, §2º, inciso II, do Decreto Federal 8.538/2015. Ademais, neste ponto há o descumprimento inconteste da legislação, pois a delimitação regional deve ser aplicada "desde que existam três pequenas empresas competitivas, sediada local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, especialmente quanto à qualidade do objeto licitado e ao preço de mercado" (vide artigo 6º da Resolução SEPLAG nº 058/2007 e artigo 10 do Decreto 8.538/2015).

Neste talante, destaca-se, também, que a Lei Complementar 123/2006 não estabelece que a licitação deve ser exclusiva para ME ou EPP localizada regionalmente. O que a lei estabelece é a prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Logo, o tratamento dispensado a essas empresas deve ser prioritário e não exclusivo, de

modo que a norma não autoriza a restrição geográfica, mas apenas permite que a micro ou pequena empresa sediada regionalmente tenham preferência na contratação.

Considerando que no parecer jurídico, ratificado pelo pregoeiro, há explícita confirmação de inexistência de pelo menos três pequenas empresas capazes de atender o Edital em tela na Região nº 61 do IBGE, e que compareceram ao certame, demonstrando interesse em participar do Pregão, pequenas e médias empresas sediadas no Estado e capazes de atender aos requisitos editalícios, em que pese fora da mencionada região, é claro o descumprimento dos ditames legais, e a afronta aos princípios da competitividade, da motivação e da seleção da proposta mais vantajosa.

Saliento que, a meu ver, o desenho da licitação adotado pela Prefeitura de Matipó se mostrou, de plano, irregular, tendo em vista que todos os 16 (dezesesseis) itens pretendidos apresentaram valores abaixo do teto de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) estabelecido pela Lei Complementar n. 123/2006, devendo o certame, desde o princípio, ter sido destinado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse ponto, ressalto que a justificativa da Administração, elencada no parecer jurídico à fl. 679 (autos de n. 1031662), de que não haveria quantidade de participantes bastantes para viabilizar efetiva disputa de preços não se sustenta, uma vez que o planejamento adequado na fase interna do certame é essencial para que o gestor público se adiante e identifique a eventual ausência de microempresas e empresas de pequeno porte aptas a atender o objeto almejado, e, portanto, justifique tal situação. Nesses termos, vejamos a jurisprudência deste Tribunal:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS. LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. VALOR CONSIDERADO POR ITENS DE CONTRATAÇÃO, SEPARADAMENTE. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS NÃO QUALIFICADAS COMO MICRO OU PEQUENA EMPRESA EM LICITAÇÃO EXCLUSIVA DESERTA. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA EM INTERPRETAÇÃO DE LEI. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO DENUNCIANTE. JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A Lei Complementar nº 123/06 é expressa em determinar a exclusividade da participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). 2. Não cabe a participação de empresas não qualificadas como micro ou pequena empresa em licitação exclusivamente destinada a fornecedores com tal enquadramento, por afronta à ampla competitividade. [...] (Denúncia n. 1024477, Segunda Câmara,

Extrai-se da fundamentação do julgado:

Observa-se que o texto normativo é expresso em determinar a exclusividade da participação de MEs e EPPs nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Se fosse outra a intenção do legislador, o texto faria referência ao valor total da licitação e não ao valor dos itens da licitação.

[...]

Assim, a obrigatoriedade de realização de licitação exclusiva, quando cada item não superar o valor legal, somente poderá ser excepcionada nos seguintes casos:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - (Revogado);

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

No presente caso, o custo estimado de cada item licitado constou do Anexo I do edital (fls. 69/72) e em nenhum dos 47 itens foi superado o valor de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), de modo que a utilização de licitação exclusiva para ME e EPP se mostra de acordo com o art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06.

[...]

Consoante transcrito no item anterior, o art. 49 da Lei Complementar nº 123/06 estabelece as exceções à concessão de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, entre as quais a inexistência de três fornecedores com tal enquadramento em âmbito local ou regional.

Nessa situação, como bem destacado pela Unidade Técnica, a verificação quanto à existência de potenciais fornecedores sob a condição de ME e de EPP deve ocorrer no momento do planejamento da licitação, a qual, sendo positiva, conduzirá à realização de licitação exclusiva, ou, sendo negativa, determinará a deflagração de certame tradicional, tendo como destinatário todo e qualquer interessado apto a cumprir o objeto licitatório.

A legislação, todavia, não regulamenta expressamente a participação alternativa de fornecedores não qualificados como ME ou EPP, quando não comparecerem à licitação exclusiva ao menos três interessados com tal enquadramento, restando à doutrina e à jurisprudência realizarem a interpretação sistemática, sob a ótica de toda a regulamentação das aquisições públicas.

[...]

Com efeito, embora haja ganho de celeridade e dispensa de custos com republicação, há que se reconhecer que o aproveitamento da licitação exclusiva para recebimento de propostas de outras empresas não qualificadas como ME ou EPP compromete irremediavelmente a ampla competitividade, na medida em que afasta do certame todos os potenciais interessados que deixaram de comparecer com propostas à vista da exclusividade destinada às empresas de menor porte. Aliás, com a restrição do espectro de competidores, há também inevitável reflexo na vantajosidade da proposta, notadamente no pregão, em que há uma fase destinada aos lances, caracterizando violação do art. 3º, caput e § 1º, I, da Lei nº 8.666/93. Nesse contexto, alinho-me ao posicionamento expressado pela Unidade Técnica, no sentido da irregularidade da previsão do preâmbulo e do item 3.1 do edital Processo Licitatório nº 088/2017 – Pregão Presencial Registro de Preços nº 050/2017, uma vez que não cabe a participação de fornecedores não qualificados como ME ou EPP em licitação destinada exclusivamente a empresas desse porte, por configurar restrição à competitividade.

Analisando o mencionado parecer jurídico, fls. 677/680 (autos de n. 1031662), entendo, com a devida vênia, que o Sr. Wendel Salum Dourado, assessor jurídico, após verificar a ausência de manifestação de pelo menos 3 (três) empresas locais ou regionais (Região nº 61 – Manhuaçu/MG), opinou pela destinação de 25% do procedimento licitatório a microempresas e empresas de pequeno porte, invocando, a meu ver, incorretamente o art. 48, III, do referido diploma legal.

Todavia, verifico que o assessor jurídico já havia constatado, ainda que precariamente, que não haveria “[...] um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como

microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório”, art. 49, II, da Lei Complementar n. 123/2006, o que leva a crer que o referido agente público levou em consideração o comando da mencionada lei.

Colaciona-se, por este viés, a justificativa apresentada para a aplicação do art. 48, III, da referida lei complementar, fl. 679/680:

Projetando a aplicação concreta dos demais incisos, depreende-se que, caso se aplique o teor do inciso I, do artigo 48, da LC 123/2006, haveria a atribuição integral de todos os itens a tais modalidades de Empresas de âmbito municipal e regional, uma vez que todos os itens do certame possuem preços estimados inferiores a R\$ 80.000,00.

Destaque-se que, para se desenvolver tal raciocínio, considerou-se como base o perfil das Empresas que já adquiriram o Edital do Pregão, identificando-se apenas uma delas que se encontra sediada na Microrregião de Manhuaçu (de n 61), nos termos da divisão estabelecida pelo IBGE, o que configuraria o direcionamento integral do certame para a mesma, inviabilizando a realização do princípio da economicidade, consagrado na doutrina e jurisprudência pátrias.

Nesse contexto, é razoável a aplicação do inciso III, do artigo 48, da Lei Complementar 123/2006, ao presente Edital, objeto da impugnação, já que haverá a restrição do objeto em apenas 25% (vinte e cinco por cento) para ME's, EPP's ou MEI's sediadas no Município de Matipó, ou na microrregião de Manhuaçu, oportunizando-se maior disputa de preços para os 75% remanescentes, entre as demais participantes do presente Processo Licitatório.

Outrossim, em não havendo interessados para os itens reservados para ME's, EPP's ou MEI's, ou se o preço alcançado após os lances ofertados pelas referidas Empresas forem superiores aos respectivos preços médios estimados, tais itens serão oportunizados para a disputa entre os demais licitantes, de acordo com a metodologia de lances verbais descrita no Edital do certame.

Portanto, mediante utilização de tal raciocínio, resta atendida a disposição da LC 123/2006, sem descuidar da busca de preços mais vantajosos para a Administração Pública, dando efetividade ao princípio da economicidade.

Dessa forma, considero, primeiramente, em que pese a possível inadequação da aplicação da Lei Complementar n. 123/2006, quando da própria retificação do edital, que a interpretação do assessor jurídico não foi totalmente descabida e possui fundamentação em fatos havidos em outras licitações e facilmente comprováveis, pelo que verifico, em última análise, que se pretendeu preservar, de certa forma, o objetivo de fomentar o desenvolvimento e a competitividade dos pequenos negócios, nos termos do que estabelece a legislação de regência.

4.1. Restrição indevida por delimitação de região demográfica

Quanto à alegação de restrição indevida por delimitação demográfica, após a retificação do edital, para a disputa da cota reservada dos itens 1, 2 e 3, faz-se necessário transcrever o termo de retificação, datado de 28/1/2018, acostado às fls. 681/682 dos autos de n. 1031662 (em apenso):

[...]

I-Ficam Retificados os itens 3.1 - CREDENCIAMENTO e 7.1 - PROCEDIMENTO DA SESSÃO DO PREGÃO, ANEXO I - PROPOSTA COMERCIAL, ANEXO II - TERMO DE REFERÊNCIA NO ITEM 03, passando a vigorar o seguinte:

- a) Considerando o disposto no artigo 47, da Lei Complementar n.º 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar n.º 147/2014, e levando-se em conta que a aplicação do disposto no inciso I, do artigo 48, inviabiliza a ampla disputa, restringindo a competitividade entre os interessados, uma vez que não há, pelo menos, 3 (três) empresas locais ou regionais (Região n.º 61 Manhuaçu/MG, conforme classificação do IBGE) enquadradas como ME, EPP ou MEI, tendo como base a quantidade de interessados no certame de mesmo objeto realizado no ano de 2017, bem como a quantidade de interessados que solicitaram o edital deste certame; passa a ser aplicado o disposto no inciso III, do artigo 48 da LC 123/2006, com redação dada pela LC 147/2014, ao presente Pregão, ficando destinada a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto exclusivamente para contratação de ME (Microempresa), EPP (Empresa de Pequeno Porte) ou MEI (Microempreendedor Individual), nos termos da alínea "c", deste Termo de Retificação;
- b) Em não havendo interessados para os itens reservados para ME's, EPP's ou MEI's, ou se o preço alcançado após os lances ofertados pelas referidas Empresas forem (*sic*) superiores aos respectivos preços médios estimados para os Itens descritos na alínea "c", deste Termo de Retificação, tais itens serão oportunizados para a disputa entre os demais licitantes, de acordo com a metodologia de lances verbais descrita no Edital do certame;
- c) Ficam os itens 01, 02 e 03, constantes do ANEXO I - MODELO DE PROPOSTA COMERCIAL e do ANEXO II- TERMO DE REFERENCIA, ITEM 03, destinados exclusivamente para as empresas enquadradas como ME, EPP ou MEI.

[...]

Ademais, da leitura da ata de julgamento acostada às fls. 283/285, verifiquei que os itens 1, 2 e 3, então destinados exclusivamente a empresas enquadradas como ME, EPP ou MEI, foram, de fato, restritos a apenas uma empresa, sob o argumento de que somente ela estaria "sediada em Município da microrregião da qual faz parte o Município de Matipó", sendo de se observar intenso desentendimento entre a sociedade ora denunciante e o assessor jurídico do município, senão vejamos, fl. 284:

Na oportunidade, houve a constatação de comparecimento de apenas uma única Empresa enquadrada na condição de ME/EPP situada na microrregião, motivo pelo qual, em consonância com o disposto no item "a", do termo de retificação do edital, haveria o direito de participação como ofertante neste item apenas a Empresa PNEUS LÍDER PEÇAS E SERVIÇOS PIRELI - ME, já que sediada em Município da microrregião da qual faz parte o município de Matipó. Após tal informação, houve o questionamento de tal decisão por parte do representante da empresa LARISSA TORRES MACHADO – EPP, Sr. Robson Figueiredo Gama, manifestando sua discordância, por entender que teria o direito de participar dos lances relativos aos itens 01, 02 e 03, o que lhe foi negado, chegando a afirmar que "houve direcionamento por parte do Assessor Jurídico no Edital para impedir a participação de sua Empresa nesta Licitação". Em seguida, o Assessor Jurídico perguntou ao representante da Empresa se confirmava tal afirmação, tendo o mesmo respondido que sim, momento em que o Assessor Jurídico esclareceu que a afirmação lhe imputava conduta criminosa, e que oportunamente iria tomar as providências cabíveis, por entender que se tratava de imputação caluniosa. [...]

À vista desse quadro fático, o que se depreende é que o certame anteriormente restrito a uma única empresa, nos termos² utilizados pelo próprio assessor jurídico à fl. 679 (autos de n. 1031662), manteve-se restrito a esta mesma sociedade empresária, só que na parcela exclusiva de 25%, denotando a falta de planejamento da Administração e a interpretação equivocada da Lei Complementar n. 123/2006, que não autoriza restrição geográfica, mas apenas permite que a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada no local da licitação tenha preferência de contratação.

Portanto, conforme mencionado alhures, fl. 558 (autos de n. 1031577): “a escolha da Administração Municipal, a qual está desprovida de motivação idônea, se mostra desarrazoada e incapaz de atingir a finalidade de promover a valorização das pequenas e médias empresas, uma vez que, como mesmo aparece nos autos do processo, na região delimitada apenas uma empresa de pequeno porte manifestou o seu interesse em licitar e, mesmo tendo havido a manifestação de interesse de outras empresas do Estado, como a própria denunciante, o Município optou por permanecer com a restrição e, dessa forma, causar o direcionamento da aquisição de três itens a uma única empresa”.

Ainda sobre o fato de não haver justificativas condizentes nos autos, destaco excertos do julgamento da Denúncia de n. 1047812, relator conselheiro José Alves Viana, Primeira Câmara, sessão do dia 30/4/2019, *in verbis*:

[...]

Em vista da disciplina estabelecida pelo Decreto nº 8.538/15, conclui-se que os conceitos de “âmbito local” e “âmbito regional”, para fins de aplicação desse Decreto, foram definidos como os “limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação” e os “limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE”, respectivamente. Contudo, admite-se a fixação de critérios distintos, mas desde que devidamente justificado no edital que o critério adotado é o mais adequado para a efetivação dos objetivos da política pública de favorecimento das pequenas empresas que foram enunciados no art. 1º do Regulamento e que tenham sido estabelecidos por meio de regulamento específico do órgão ou da entidade contratante.

O Pleno desta Corte de Contas, na Consulta n. 887734, Sessão do dia 03/07/2013, da relatoria do Exmo. Conselheiro Cláudio Couto Terrão, tratou da questão, tendo o voto do Relator sido aprovado por unanimidade, a conferir: De fato o Estatuto das Microempresas não trouxe um conceito preciso para a expressão “regionalmente”. Por esse motivo, entendo que o próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da citada expressão. Para tanto, deverão ser levadas em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e, também, os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. Assim, o alcance e o conceito da expressão “regionalmente” variarão de acordo com as peculiaridades de cada licitação, não sendo correto, portanto estabelecer uma definição fixa e genérica.

Nesse sentido, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais - órgão integrante da Advocacia-Geral União - já teve a oportunidade de analisar esta questão

² “Destaca-se que, para se desenvolver tal raciocínio, considerou-se como base o perfil das Empresas que já adquiriram o Edital do Pregão, identificando apenas uma delas que se encontra sediada na Microrregião de Manhuaçu (de nº 61), nos termos da divisão estabelecida pelo IBGE, o que configuraria o direcionamento integral do certame para a mesma, inviabilizando a realização do princípio da economicidade, consagrado na doutrina e jurisprudência pátria”.

quando da edição da Orientação Normativa CJU/MG nº 60/10. Veja-se o que diz a referida norma:

O significado da expressão “regional” deve ser buscado na situação concreta, podendo englobar os Municípios próximos ao Município em que se encontra o órgão assessorado, independentemente de fazer parte do mesmo Estado. A delimitação da região deverá constar no edital e os motivos ensejadores da referida definição deverão estar expressos nos autos.

Igualmente, o Tribunal de Contas da União deixou claro que “o próprio conceito de “âmbito regional” constante da LC nº 123/2006 e do Decreto nº 6.204/2007 não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado” (Acórdão nº 2957-49/11-P, Rel. Min. André de Carvalho, Sessão de 09/11/11). Ou seja, de acordo com os posicionamentos tanto do TCU quanto da AGU, o alcance da expressão “regionalmente” não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração. Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar nº 123/06.

Destaque-se, sobre o tema, a Consulta n. 887734, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão julgada pelo Plenário desta Corte em 3/7/2013, *in verbis*:

CONSULTA – ESTATUTO NACIONAL DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – HIPÓTESES EM QUE A LEI PROÍBE O TRATAMENTO DIFERENCIADO – ART. 49 DA LC N. 123/2006 – ALCANCE DA EXPRESSÃO “REGIONALMENTE”, PARA FINS DO ART. 49, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 – DELIMITAÇÃO E DEFINIÇÃO EM CONFORMIDADE COM AS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DO DISPOSTO NO ART. 47 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006. a) O alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/06, deve ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório. b) Quando da delimitação e da definição, o Administrador deverá demonstrar, motivadamente, que foram levados em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, previstos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/06.

Feitas as devidas ponderações, não obstante o entendimento do Ministério Público de Contas, fls. 587/589, no que tange à responsabilização dos agentes públicos, nesse ponto, com a devida vênia, entendo que as condutas especificamente atreladas à interpretação da Lei Complementar n. 123/2006 não demonstraram erro grosseiro por parte dos agentes públicos, uma vez que, apesar do tumulto processual, é necessário considerar as circunstâncias fáticas e jurídicas que impactaram a atuação administrativa, nos termos do art. 22 da Lindb, que estabelece o seguinte: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Sobre as dificuldades reais que podem ser enfrentadas pelos agentes públicos, além dos obstáculos temporais, materiais, orçamentários e de pessoal, podem existir dificuldades jurídicas, isto é, na interpretação da legislação e na compreensão do que ela prescreve. Noutras palavras, a complexidade da letra da lei, às vezes intrincada, pode gerar dúvidas jurídicas sobre a norma de regência, ocasionando interpretações dissonantes com a jurisprudência ou doutrina, especialmente se confrontados princípios fundamentais à resolução deste caso, quais sejam, a

ampla competitividade nos procedimentos licitatórios e a economicidade, de um lado, e aqueles previstos na referida lei complementar, que prevê regime diferenciado e favorecido às MEs e EPPs, visando fomentar o desenvolvimento dos pequenos negócios, de outro.

À vista disso, não obstante a existência de questionamentos no desenho do próprio procedimento licitatório e a ausência de justificativa detalhada para a restrição geográfica com base em critério de delimitação por região demográfica, entendo não ser razoável a aplicação de multa aos responsáveis, pois não verifiquei prejuízo efetivo ao certame ou ao erário³. Ademais, não vislumbro erro grosseiro na aplicação que se fez da Lei Complementar n. 123/2006 ao longo do procedimento licitatório, o que se deu, ao que tudo indica, na intenção de atender os objetivos da legislação das MEs e EPPs.

Desse modo, entendo ser suficiente a expedição de recomendação aos atuais gestores da Prefeitura de Matipó, para que, nos próximos procedimentos licitatórios, justifiquem, detalhada e motivadamente, levando em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, quaisquer restrições competitivas relacionadas à delimitação geográfica.

4.2. Inobservância ao prazo legal para elaboração das propostas após a publicação do termo de retificação

Quanto à inobservância do prazo para elaboração de novas propostas após a publicação do termo de retificação que destinou os itens 1, 2 e 3 do anexo I do edital às microempresas e empresas de pequeno porte, a 2ª CFM salientou o seguinte, fl. 555:

[...]

As alterações acima transcritas, com o fito de, no entender da Administração e de sua assessoria jurídica, atender a Lei Complementar 123/2006, que destinaram três itens licitados exclusivamente para EPP, ME e MEI, modificaram radicalmente as condições da licitação, de modo que deveria ter sido disponibilizado prazo necessário e adequado para elaboração das propostas de todos os possíveis interessados. A mera comunicação por e-mail a alguns licitantes (folhas 264 a 269) não atende à exigência legal e ainda afronta os princípios da competitividade, publicidade e seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

A exiguidade do prazo impediu a apresentação de propostas adequadas por todos aqueles que já haviam manifestado interesse no certame como também de terceiros, incertos e não sabidos, que poderiam dispor-se a participar da licitação. Mesmo tendo sido a Administração questionada durante a sessão de julgamento (folhas 283 a 286), tanto o pregoeiro quanto o assessor jurídico da municipalidade não reconheceram a afronta a legislação pátria e deram seguimento ao certame. Conforme a doutrina já mencionada, não é possível invocar que foram questionados os licitantes presentes à sessão de julgamento e enviado e-mail a todos os que solicitaram previamente o edital, pois é equivocado supor que a “aquisição” do edital geraria uma espécie de “direito adquirido” à participação no certame, com exclusão de outros potenciais interessados. A mera manifestação de vontade em obter a cópia do instrumento convocatório não gera direito a participar do pregão e, da

³ Consoante ata de julgamento acostada às fls. 284/286 (autos de n. 1031662), observei que 5 (cinco) empresas participaram do certame, sendo que 3 (três) delas sagraram-se vendedoras, consoante termo de homologação acostado à fl. 667 daqueles autos. Além disso, no tocante à economicidade, verifiquei que o valor final adjudicado foi consideravelmente menor que o valor inicial estimado para a contratação. Vejamos os esclarecimentos prestados pela Administração antes da citação, fls. 71/72: “[...] houve redução do custo do certame de R\$ 253.528,44 (duzentos e cinquenta e três mil, quinhentos e vinte e oito reais e quarenta centavos), para R\$ 158.902,75 (cento e cinquenta e oito mil, novecentos e dois reais e setenta e cinco centavos)”.

mesma forma, a não solicitação dessa cópia não impede um particular de participar da disputa. De mais a mais, a Lei 8.666/1993, em seu artigo 32, § 5º, deixa claro que a Administração não exigirá, para a habilitação, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, limitados ao valor do custo efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida.

Com efeito, nos termos do art. 4º, V, da Lei n. 10.520/2002, c/c o art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/1993, qualquer modificação do edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o seu texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas. No caso, em consonância com os entendimentos da Unidade Técnica e do *Parquet* Especial, entendo que a retificação do edital modificou radicalmente as condições da licitação, afetando diretamente a formulação das propostas.

Assim, após a retificação do edital, o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a divulgação e a apresentação das propostas deveria ter sido respeitado, o que não ocorreu, tendo em vista que em 26/1/2018 houve a retificação do edital, fls. 201/202; em 29/1/2018, houve comunicação por *e-mail* para alguns licitantes referente à retificação, fls. 264/269; e no dia 30/1/2018 ocorreu o julgamento das propostas e verificação da habilitação, fls. 283/286.

Entendo, pois, nesse caso, que a inobservância ao prazo legal para elaboração de novas propostas pode ter implicado prejuízo ao tratamento isonômico que deve ser ofertado aos licitantes, pelo que reputo procedente este apontamento.

Diante do exposto, diferentemente do item anterior, constatada irregularidade de fácil percepção na condução de certame, proponho a aplicação de multa ao Sr. Antônio Carlos Pereira, pregoeiro, subscritor do termo de retificação, fls. 681/682 (autos de n.1031662), por verificar, em sintonia com o Ministério Público de Contas, erro grosseiro em sua conduta, consoante art. 28 da Lindb, em razão da potencial restrição à participação de interessados no certame ante o descumprimento do prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a divulgação, após a retificação do edital, e a apresentação das propostas.

Soma-se a essa constatação o fato de o agente público ter se mantido inerte, o que adoto, ao apreciar o mérito e nos limites do princípio do livre convencimento motivado, como um dos elementos de convicção na apreciação dos atos de gestão.

Por fim, proponho o afastamento da responsabilização do prefeito de Matipó, Sr. Valter Mageste de Ornelas, autoridade que homologou o certame, à fl. 667 (autos de n.1031662), e do assessor jurídico, por não verificar nexo de causalidade entre a irregularidade detectada e suas condutas.

5. Restrição aos meios de impugnação do instrumento convocatório.

Em síntese, fl. 2 (autos de n.1031662), a denunciante apontou que haveria restrição quanto ao recebimento da impugnação conforme item 13.7 do edital, que assim prescreveu: “qualquer cidadão poderá interpor recurso ou impugnação ao edital até 48 horas antes da abertura do certame, em original a sede da Prefeitura a sala de licitações, não sendo admitido *fax simile* ou *e-mail*”, fl. 50 dos autos da Denúncia de n. 1031662.

A Unidade Técnica, à fl. 556/556v, entendeu pela procedência do apontamento:

Limitar apenas ao meio presencial a possibilidade de interpor recurso e impugnação ao edital constitui flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal. O controle de legalidade

sobre os procedimentos licitatórios deve ser o mais amplo possível, não havendo motivação razoável para a inaplicabilidade de coexistência de diversas formas de impugnação.

A disponibilização de mais de uma forma de impugnação ao edital, tal como via e-mail, fac-símile, com a remessa posterior do original por correio ou protocolo presencial, não acarreta qualquer prejuízo à condução do certame, a semelhança do que ocorre nos processos judiciais. Limitar os meios de impugnação ao edital restringe o direito dos licitantes ao contraditório e a ampla defesa, sendo este o entendimento desta Corte de Contas:

2.5. Da restrição à impugnação do edital

(...)

De fato, a disponibilização apenas da forma presencial para a interposição de recursos restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, é necessário que o ato convocatório admita, ainda que excepcionalmente, outras formas de interposição de recursos, tais como, pelo correio, por email e por fax, o qual se afigura razoável para garantir o exercício do direito ao contraditório. (TCE/MG, Edital de Licitação n. 913.221, 1ª Câmara, Relator: Conselheiro Cláudio Terrão, j. 01/03/2016) (Grifei)

II.1.7 – Da forma e prazo para impugnação e esclarecimentos

O órgão técnico aduz à fl. 115:

A Lei 8.666/93, dispõe: 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: [...] VIII – locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; (grifado)

Assim, quanto à forma para solicitar esclarecimentos e também de apresentação de impugnação, considerando que não se observou no edital dispositivo que indicasse explicitamente locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação entende esta Unidade Técnica que o edital não cumpriu o art. 40, VIII da Lei 8666/93.

(...)

42. Assim, mostra-se irregular a admissibilidade das razões de recurso apenas por meio de protocolo presencial.

(...)

Diante do exposto, entendo pela ocorrência de irregularidade quanto à forma e prazo para impugnação e esclarecimentos, porquanto afronta o disposto no art. 40, VIII, da Lei n. 8.666/1993, e, conseqüentemente, pela aplicação de multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais) ao Sr. Dário Rodrigues dos Passos. (TCE/MG, Denúncia n. 977.735, 1ª Câmara, Relator: Conselheiro José Alves Viana, j. 23/01/2019)

Sendo assim, esta Unidade Técnica entende procedente o apontamento feito pela denunciante referente a restrição da impugnação apenas em original diretamente a sede da Prefeitura, na sala de licitações.

Diante do exposto, nos termos do art. 40, VIII, da Lei n. 8.666/93, considerando a jurisprudência deste Tribunal sobre o tema, reputo procedente este apontamento da denúncia.

Não obstante, creio ser suficiente, *in casu*, a atuação pedagógica desta Corte, pois não é razoável sancionar os gestores por cláusula que não foi diretamente associada à restrição da

competitividade no certame. Proponho, assim, que seja expedida recomendação aos atuais gestores da Prefeitura de Matipó para que, nos próximos certames licitatórios, ampliem as possibilidades de interposição de recurso e/ou de impugnação por meio da rede mundial de computadores ou por fax.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, proponho que os apontamentos de irregularidade das denúncias sejam julgados parcialmente procedentes, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, com a consequente aplicação de multa individual ao Sr. Antônio Carlos Pereira, pregoeiro, condutor do certame e subscritor do termo de retificação, fls. 681/682 (autos de n.1031662) no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal, diante da inobservância ao prazo legal para elaboração de novas propostas após a retificação do edital, respectivamente, nos termos do item 4.2 da fundamentação.

Ainda quanto ao item 4.2 da fundamentação, proponho o afastamento da responsabilidade do prefeito de Matipó, Sr. Valter Mageste de Ornelas, autoridade que homologou o certame, fl. 667 (autos de n.1031662), e do assessor jurídico, Sr. Wendel Salum Dourado, por não verificar nexo de causalidade entre a irregularidade detectada e suas condutas.

Por fim, proponho o afastamento da aplicação de penalidades a todos os responsáveis, diante das circunstâncias do caso, quanto aos seguintes apontamentos: item 1 da fundamentação, relativo à exigência de apresentação de amostra dos pneus, após adjudicação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; item 2, no que tange à exigência de certificado do Ibama emitido somente em nome do fabricante; itens 4.1 e 4.2, relacionados à interpretação da Lei Complementar n. 123/2006; e item 5, relacionado à potencial restrição quanto ao recebimento da impugnação, item 13.7 do edital.

Quanto ao item 3 da fundamentação, atrelado à exigência de pneus de primeira linha, proponho que o apontamento seja julgado improcedente.

Não obstante, recomendo aos atuais gestores da Prefeitura de Matipó que, nos próximos certames licitatórios: fixem critérios objetivos para a análise das amostras e as exijam apenas na fase de classificação e dos licitantes classificados em primeiro lugar; incluam a exigência de certificado de regularidade do Ibama não somente em nome dos fabricantes de pneus, mas também em nome dos importadores; se atentem aos entendimentos deste Tribunal no que tange à aplicação da Lei Complementar n. 123/2006; e ampliem as possibilidades de interposição de recurso e/ou de impugnação por meio da rede mundial de computadores ou por fax.

Comuniquem-se os denunciantes pelo DOC e intimem-se os responsáveis por via postal, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 17/11/2020

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncias formuladas pela empresa Comercial Real de Pneus Ltda. – ME e pela Senhora Larissa Torres Machado – EPP, em face do Procedimento Licitatório nº 8/18, Pregão Presencial nº 8/18, promovido pela Prefeitura Municipal de Matipó, tendo como objeto a aquisição de pneus.

Na sessão da Segunda Câmara, ocorrida em 01/10/20, o relator, conselheiro substituto Adonias Monteiro, proferiu sua proposta de voto, registrando em sua conclusão:

Por todo o exposto, proponho que os apontamentos de irregularidade das denúncias sejam julgados parcialmente procedentes, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil, com a consequente aplicação de multa individual ao Sr. Antônio Carlos Pereira, pregoeiro, condutor do certame e subscritor do termo de retificação, fls. 681/682 (autos de n.1031662) no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal, diante da inobservância ao prazo legal para elaboração de novas propostas após a retificação do edital, respectivamente, nos termos do item 4.2 da fundamentação.

Ainda quanto ao item 4.2 da fundamentação, proponho o afastamento da responsabilidade do prefeito de Matipó, Sr. Valter Mageste de Ornelas, autoridade que homologou o certame, fl. 667 (autos de n.1031662), e do assessor jurídico, Sr. Wendel Salum Dourado, por não verificar nexo de causalidade entre a irregularidade detectada e suas condutas.

Por fim, proponho o afastamento da aplicação de penalidades a todos os responsáveis, diante das circunstâncias do caso, quanto aos seguintes apontamentos: item 1 da fundamentação, relativo à exigência de apresentação de amostra dos pneus, após adjudicação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas; item 2, no que tange à exigência de certificado do Ibama emitido somente em nome do fabricante; itens 4.1 e 4.2, relacionados à interpretação da Lei Complementar n. 123/2006; e item 5, relacionado à potencial restrição quanto ao recebimento da impugnação, item 13.7 do edital.

Quanto ao item 3 da fundamentação, atrelado à exigência de pneus de primeira linha, proponho que o apontamento seja julgado improcedente.

Não obstante, recomendo aos atuais gestores da Prefeitura de Matipó que, nos próximos certames licitatórios: fixem critérios objetivos para a análise das amostras e as exijam apenas na fase de classificação e dos licitantes classificados em primeiro lugar; incluam a exigência de certificado de regularidade do Ibama não somente em nome dos fabricantes de pneus, mas também em nome dos importadores; se atentem aos entendimentos deste Tribunal no que tange à aplicação da Lei Complementar n. 123/2006; e ampliem as possibilidades de interposição de recurso e/ou de impugnação por meio da rede mundial de computadores ou por fax.

Comuniquem-se os denunciadores pelo DOC e intimem-se os responsáveis por via postal, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Na sequência, pedi vista dos autos para melhor análise do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Exigência de apresentação de amostra dos pneus, após adjudicação, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas

De acordo com fundamentação contida no voto condutor, haveria duas irregularidades quanto ao tópico em análise. A primeira consistiria na ausência de explicitação, no edital, dos itens necessários para apresentação da amostra, o que poderia acarretar decisão subjetiva da Administração, comprometendo, em tese, a isonomia dos licitantes. A segunda, por sua vez, consistiria na exigência de amostra do produto após a adjudicação do lote ao licitante vencedor.

Desde já manifesto minha concordância em relação à primeira irregularidade, consistente na inserção de cláusula editalícia exigindo a aprovação de amostra do produto do licitante vencedor, sem estabelecer critérios objetivos para esse julgamento, violando a disposição contida no art. 40, inciso VII, da Lei n. 8.666/93.

Quanto ao segundo apontamento, referente à exigência de apresentação da amostra ser feita ao licitante vencedor, após a adjudicação, a Unidade Técnica observou que a administração agiu bem em fixar tal obrigação apenas para as empresas vencedoras, após a adjudicação, alinhando-se ao entendimento doutrinário e da jurisprudência desta Corte, motivo pelo qual considero não haver qualquer irregularidade.

O entendimento pacificado na jurisprudência de que o momento adequado para exigir a apresentação de amostras seria a fase de classificação sendo exigível apenas dos licitantes provisoriamente classificados em primeiro lugar, tem como premissa assegurar a isonomia e a competitividade do certame, não gerando ônus excessivo aos participantes. Nessa linha, tem-se os julgados:

DENÚNCIA. EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE GINÁSTICA PARA IMPLANTAÇÃO DE ACADEMIAS AO “AR LIVRE”. PREVISÃO DE PRAZO EXÍGUO PARA APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS E LAUDOS TÉCNICOS. RESTRIÇÃO INDEVIDA À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE LAUDO TÉCNICO DE ERGONOMIA E BIOMECÂNICA DOS EQUIPAMENTOS EMITIDO POR PROFISSIONAL DE ENGENHARIA REGISTRADO NO CREA. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1. As exigências de apresentação de amostras e laudos técnicos, previamente disciplinadas no edital, e aplicadas à fase de classificação das propostas, apenas ao licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, privilegiam o princípio da eficiência e encontram amparo no art. 4º, inciso XI, da Lei nº 10.520/2002 e no art. 43, IV, da Lei nº 8.666/1993.

2. A exigência de apresentação de laudo técnico de ergonomia e biomecânica dos equipamentos emitido por profissional de engenharia registrado no CREA, além de estar justificada na fase interna do procedimento licitatório por meio de nota técnica, visou a

garantir a boa execução dos exercícios e a expor o usuário a um baixíssimo risco de lesão, de modo que se reconhece a sua regularidade.⁴

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO DE PNEUS. EXIGÊNCIA DE CATÁLOGOS ORIGINAIS. DOCUMENTOS EM LÍNGUA PORTUGUESA/BRASIL. VEDAÇÃO DE IMPRESSÕES DA INTERNET. JULGAMENTO OBJETIVO. APRESENTAÇÃO DE AMOSTRAS POR TODOS OS LICITANTES. ERRO DE REDAÇÃO. PROCEDÊNCIA.

1. Não importa a maneira pela qual os catálogos são adquiridos, desde que possam ser certificados e possuam todas as informações necessárias.
2. Documentos redigidos em língua estrangeira devem ser traduzidos para o português, da forma definida pela lei, para que possuam força jurídica em território nacional.
3. A apresentação de amostras apenas poderá ser solicitada aos licitantes classificados provisoriamente em primeiro lugar.
4. A expressão “quando surgirem dúvidas” é consideravelmente subjetiva em um processo licitatório, pois carece de critérios objetivos, fundamentais ao julgamento objetivo.
5. Em cumprimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a redação original do edital, com seus erros, deverá ser a interpretada, não importando correção realizada posteriormente à sua ampla divulgação.

(...)

Do exposto, a exigência de apresentação de amostras a todos os licitantes, durante a análise das propostas, restringe a competitividade do certame, por impõe condição que necessita de consideráveis gastos por parte dos licitantes, sem que haja a garantia de que eles conseguirão a contratação de seus serviços. Assim, é razoável concluir que alguns licitantes podem desistir prematuramente do processo licitatório, apenas devido a essa imposição (grifo nosso).⁵

Nesse cenário, compreendo ser irrepreensível a conduta da administração de exigir a apresentação da amostra após a adjudicação, visto que essa não tem o condão de acarretar qualquer prejuízo aos licitantes. Ao contrário, como somente aquele que se encontra em vias de celebrar o contrato com a Administração se desincumbirá do cumprimento da exigência, certo é que nenhuma obrigação desarrazoada, capaz de inibir a participação de interessados no certame, está sendo imposta pela municipalidade.

Menciona-se que eventual constatação de que o vencedor esteja tentando oferecer produto incompatível com as especificações técnicas ou de qualidade não importará prejuízo à administração, uma vez que a adjudicação não gera direito subjetivo à assinatura do contrato.

Isso posto, acolho o posicionamento da Unidade Técnica e considero improcedente a denúncia quanto à exigência de apresentação de amostras após a adjudicação.

⁴ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 997656. Relator Conselheiro Durval Ângelo. Sessão 17/09/2019.

⁵ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 1.024.512. Relator Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão 25/03/2019.

2. Exigência de certificado do Ibama emitido somente em nome do fabricante

Conforme consta no item 2 da fundamentação do voto condutor, foi reconhecida a irregularidade da previsão contida no item 6.6.2 do edital do Procedimento Licitatório nº 8/18, Pregão Presencial nº 8/18, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Matipó, que exigia a apresentação de certificado do IBAMA atinente às empresas fabricantes dos pneus, comprovando a destinação final ambientalmente correta, nos termos da Resolução CONAMA nº 258/99.

Aduziu o relator que vem se consolidando no âmbito da Segunda Câmara desta Corte o entendimento de que “[...] a exclusão da possibilidade de que a certidão seja entregue em nome do importador de pneus estrangeiros é restritiva e pode ser prejudicial à ampla concorrência”, conforme demonstra o trecho do voto proferido na Denúncia nº 1.071.480 por ele colacionado.

Com a devida vênia, apresento divergência nesse ponto, por entender regular a exigência contida no edital.

A proteção ao meio ambiente é diretriz com sede constitucional no art. 225 da Constituição Federal (CF/88), prevista inclusive como dever da União (art. 23, inciso VI, da CF/88) e de todos aqueles que exercem atividade econômica (art. 170, inciso VI, da CF/88), devendo ser cada vez mais constante e consistente o esforço, por parte da Administração Pública, de assegurar a prevalência de tal princípio em toda sua atuação.

Neste contexto, uma das oportunidades mais significativas para a implementação de medidas de defesa ao meio ambiente consiste justamente na contratação pública. A Administração Pública, ao exigir que a empresa que pretende com ela contratar cumpra parâmetros mínimos de sustentabilidade ambiental na fabricação ou comercialização de seus produtos ou na prestação de seus serviços, contribuirá de forma decisiva na consecução de seu dever constitucional.

Vale lembrar que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é atualmente um dos três pilares das licitações públicas, ao lado da observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 12.349/10.

De fato, dentre as normas jurídicas já vigentes em nosso ordenamento, encontram-se leis, decretos e, especialmente, portarias, instruções normativas e resoluções editadas por órgãos e entidades que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente – notadamente o IBAMA e o CONAMA.

O IBAMA - Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, além de suas atribuições nas áreas de licenciamento ambiental e autorização de uso dos recursos naturais, possui competência para a edição de normas e padrões de qualidade ambiental, nos termos da Lei nº 7.735/89 e do Decreto nº 6.099/07.

O CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente – também possui competência para estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, bem como compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida, conforme previsões contidas na Lei nº 6.938/81 e no Decreto nº 99.274/90.

Destarte, os atos emanados por eles, no exercício de suas competências legais, também possuem caráter normativo e, como tal, devem ser respeitados pela Administração Pública, tal qual uma lei ou decreto.

Por meio do guia prático de licitações sustentáveis, elaborado pela consultoria da Advocacia Geral da União (AGU)⁶, é possível coletar as normas ambientais pertinentes aos objetos das licitações e contratações, a fim de dar-lhes concreta aplicação e efetividade. Vejamos a seguinte orientação quanto à aquisição ou serviços que envolvam pneus:

LEGISLAÇÃO	PRINCIPAIS DETERMINAÇÕES	PROVIDÊNCIA A SER TOMADA	PRECAUÇÕES
<p><u>Lei nº 12.305/2010</u> <u>Política Nacional de Resíduos Sólidos</u></p> <p><u>Resolução CONAMA nº 416 de 30/09/2009</u></p> <p><u>Instrução Normativa IBAMA nº 01 de 18/03/2010</u></p>	<p>*Os fabricantes e importadores de pneus novos devem coletar e dar destinação adequada aos pneus inservíveis existentes no território nacional, nos termos da Instrução Normativa IBAMA nº 01, de 18/03/2010, recebendo e armazenando os produtos entregues pelos usuários através de pontos de coleta e centrais de armazenamento.</p> <p>* Ao realizar a troca de um pneu usado por um novo ou reformado, o estabelecimento de comercialização de pneus também é obrigado a receber e armazenar o produto usado entregue pelo consumidor, sem ônus.</p>	<p>EM QUALQUER CASO:</p> <p>1) Inserir no TERMO DE REFERÊNCIA e na MINUTA DE CONTRATO – item de obrigações da contratada:</p> <p>“A contratada deverá providenciar o recolhimento e o adequado descarte dos pneus usados ou inservíveis originários da contratação, recolhendo-os aos pontos de coleta ou centrais de armazenamento mantidos pelo respectivo fabricante ou importador, ou entregando-os ao estabelecimento que houver realizado a troca do pneu usado por um novo, para fins de sua destinação final ambientalmente adequada, nos termos da Instrução Normativa IBAMA nº 01, de 18/03/2010, conforme artigo 33, inciso III, da Lei nº 12.305, de 2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos, artigos 1º e 9º da Resolução CONAMA nº 416, de 30/09/2009, e legislação correlata.”</p>	<p>- Lembramos que o fabricante e o comerciante de pneus também devem estar registrados no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, de sorte que as disposições específicas deste Guia Prático sobre CTF também devem ser seguidas. (Destacamos).</p>

Compulsando os autos, faz-se necessário reproduzir o subitem 6.6.2, constante no item 6.6 – CERTIFICADO (fl. 20), a saber:

6.6 - CERTIFICADO

[...]

6.6.2 Apresentação do certificado do IBAMA atinentes às empresas fabricantes dos pneus comprovando a destinação final de forma ambientalmente correta, nos termos da Resolução CONAMA nº 258/99. (grifo nosso).

O tema já fora submetido à apreciação desta Corte de Contas em outras oportunidades, tendo sido considerada improcedente a imputação de irregularidade, uma vez que exigências, como a que consta no edital em comento, estão previstas nas normas de prevenção e proteção ambiental e de controle às atividades potencialmente poluidoras. Nesse sentido, destacam-se, entre outras, as ementas dos precedentes constantes nos Processos de nºs 1.041.506, 1.071.325, 1.015.343 e 1.071.469, *in verbis*:

⁶ Autoria: Luciana Pires Csipai – Advogada da União – CJU/SP; Colaboração: Luciana Maria Junqueira Terra, Mara Tiekó Uchida, Teresa Villac Pinheiro Barki e Viviane Vieira da Silva – Advogadas da União – CJU/SP.

Disponível em: https://ifc.edu.br/wp-content/uploads/2014/05/GUIA-PR%3%81TICO-DE-LICITA%3%87%3%95ES-SUSTENT%3%81VEIS-AGU_SP3ed_2013.pdf Acesso em : 29/07/20.

DENÚNCIA. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS E CÂMARAS DE AR. **EXIGÊNCIA, COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO, DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE JUNTO AO IBAMA. IMPROCEDÊNCIA.**

Dependendo da natureza do objeto a Administração pode exigir, na fase de habilitação da licitação, certificado de regularidade junto ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em nome do fabricante, com supedâneo nas normas de defesa do meio ambiente e no inciso IV do art. 30 da Lei n. 8.666/93.⁷

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS PARA FROTA MUNICIPAL. IRREGULARIDADES. **CERTIFICADO DE REGULARIDADE NO CADASTRO TÉCNICO FEDERAL EM NOME DO FABRICANTE. IMPROCEDÊNCIA.** PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEDIADAS LOCAL OU REGIONALMENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE CONTAS.

1. Não vulnera a competição a exigência de certificado de regularidade perante o IBAMA, em nome do fabricante, sobretudo por se tratar de documento facilmente obtido pelos interessados no endereço eletrônico da entidade. [...] ⁸

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. **CERTIFICADO DE REGULARIDADE JUNTO AO INSTITUTO BRASILEIRO DE MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. IBAMA. AMPARO NA RESOLUÇÃO CONAMA N. 416/2009 E INSTRUÇÃO NORMATIVA IN N. 01/2010 DO IBAMA. ACESSÍVEL A QUALQUER CIDADÃO NO SITE DO IBAMA. DESCRIÇÃO DO OBJETO. IMPROCEDÊNCIA DOS FATOS DENUNCIADOS. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.**

1. A exigência de Certificado de Regularidade junto ao Ibama, em nome do fabricante, em se tratando de aquisição de pneus, encontra amparo no disposto na Resolução CONAMA n. 416/2009, bem como na Instrução Normativa IN n. 01/2010 do IBAMA - Ministério do Meio Ambiente, e **não configura compromisso de terceiro alheio à disputa, haja vista ser acessível a qualquer cidadão no site do Ibama,** não comprometendo, assim, a competitividade do certame. [...] ⁹

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS DE AR E CORRELATOS. **EXIGÊNCIA DE REGISTRO NO CADASTRO TÉCNICO FEDERAL DE ATIVIDADES POTENCIALMENTE POLUIDORAS E UTILIZADORAS DE RECURSOS AMBIENTAIS. IBAMA. EMISSÃO EM NOME DO FABRICANTE. IMPROCEDÊNCIA DO APONTAMENTO. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.**

⁷ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 1.041.506. Rel. Cons. Mauri Torres. Sessão de 19/09/18.

⁸ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 1.071.325. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão de 29/08/19.

⁹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 1.015.343. Rel. Cons. José Alves Viana. Sessão de 20/08/19.

1. **Consoante jurisprudência deste Tribunal, é razoável a exigência, no instrumento convocatório, de registro no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras e Utilizadoras de Recursos Ambientais perante o Ibama apenas do fabricante, pois não fere o princípio da isonomia, nem o caráter competitivo do certame.** A proteção ao meio ambiente é de matriz constitucional, sendo dever de todos aqueles que exercem atividade econômica.

2. Com o objetivo de atribuir maior clareza aos instrumentos convocatórios, recomenda-se explicitar, em futuros editais de licitação para aquisição de pneus, a exigência de registro no CTF/APP ao fabricante e ao importador, nos termos da Resolução Conama n. 416/2009.¹⁰ (grifos nossos)

Nesse cenário, constata-se que o subitem 6.6.2 do edital em exame, ao exigir, na fase de habilitação, a apresentação de “certificado do IBAMA atinente às empresas fabricantes dos pneus” (fl. 20), encontra-se em consonância com a Resolução do CONAMA nº 416/09 e com a Instrução Normativa nº 01/10 do IBAMA, sendo que tais atos normativos, conforme narrado, possuem força vinculante à Administração Pública, razão pela qual a cláusula denunciada encontra-se regular.

Em que pese o supracitado subitem não ter previsto a possibilidade de entrega da certificação, emitida em nome apenas dos importadores de pneus, observa-se que, nos termos do disposto no art. 4º da Resolução do CONAMA nº 416/19, “os fabricantes, importadores, reformadores e os destinadores de pneus inservíveis” têm a obrigação de se inscrever no Cadastro Técnico Federal (CTF) junto ao IBAMA.

Ademais, verifica-se que o certificado de regularidade, obrigatório para pessoas físicas ou jurídicas que se dedicam a atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos ambientais, pode ser obtido por todo e qualquer cidadão no site institucional do IBAMA, bastando que se tenha conhecimento do CNPJ do fabricante ou importador dos pneus¹¹.

No que se refere à alegação de que o edital estaria direcionando a licitação para que fossem fornecidos pneus nacionais e, conseqüentemente, restringindo o caráter competitivo do certame, entendo que não assiste razão à denunciante, uma vez que ela não logrou êxito em demonstrar que a exigência contida no subitem 6.6.2 do ato convocatório acarretaria necessariamente a não aceitação de produtos estrangeiros, quaisquer que fossem suas marcas.

Além disso, conforme salientado pelo Órgão Técnico, “o documento para habilitação questionado é de fácil acesso no endereço eletrônico oficial do IBAMA, por qualquer cidadão, não configurando restrição à competitividade, conforme se observa no endereço eletrônico da entidade”.

Por todo o exposto, não acolho a proposta de voto do relator quanto ao item em exame, uma vez que a exigência de apresentação do Certificado de Regularidade junto ao IBAMA, em nome do fabricante dos pneus, não fere o princípio da isonomia, tampouco o caráter competitivo do certame, conforme entendimento majoritário desta Corte.

¹⁰ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 1.071.469. Rel. Cons. Subst. Adonias Fernandes Monteiro. Sessão de 05/09/19.

¹¹ Disponível em:

<https://servicos.ibama.gov.br/ctf/publico/certificado_regularidade_consulta.php> Acesso em: 28/08/20

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, acolho a proposta de voto quanto ao seu item 1, na parte que considerou irregular a ausência de especificação de critérios objetivos para a apresentação das amostras, e quanto à integralidade dos itens 3, 4 e 5, pedindo vênias para divergir em relação:

- a) ao item 1, quanto ao apontamento sobre a exigência de amostras após a adjudicação, por considerá-lo improcedente;
- b) ao item 2, no que tange à exigência de apresentação do Certificado de Regularidade junto ao IBAMA, em nome do fabricante dos pneus, contida no edital do Pregão Presencial nº 08/18, por entender o item improcedente.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Sr. Presidente, acolho em parte a proposta de voto do relator, porquanto, quanto ao apontamento de irregularidade examinado no item 5 de sua fundamentação, entendo que não ficou configurado, em princípio, óbice direto à participação de interessados na disputa, tampouco cerceamento ao contraditório ou à ampla defesa. A meu ver, não ficou estabelecida vedação expressa ao envio via postal de impugnação ao edital ou recurso. Na cláusula editalícia em questão constou que o protocolo fosse feito na sala de licitações da Prefeitura, o que impossibilita apenas o envio por meio eletrônico (*fax símile* ou *e-mail*). Assim, julgo improcedente a aduzida irregularidade, mas recomendo ao atual gestor que, em licitações futuras, amplie a forma de recebimento de impugnação e recurso, com a previsão de outros meios disponíveis, especialmente o eletrônico, a fim de garantir o mais amplo acesso aos participantes.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Eu acolho a proposta de voto na sua integralidade.

Então, o Conselheiro Cláudio Terrão diverge nos itens 1 e 2, e o Gilberto Diniz no item 5.

Vamos ver como vamos proclamar a votação.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Se Vossa Excelência me permite, estamos vencidos eu e o Conselheiro Gilberto Diniz parcialmente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

ACOLHIDA A PROPOSTA DE VOTO. VENCIDOS, PARCIALMENTE, O CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO E O CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR MARCÍLIO BARENCO CORRÊA DE MELLO.)

* * * * *