

Processo n.: 1.107.652
Natureza: Denúncia
Denunciante: Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria
Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Estiva
Ano Ref.: 2021

À Secretaria da 2ª Câmara,

Tratam os autos de Denúncia, com pedido de suspensão cautelar, oferecida por Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria, em face do Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021¹, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Estiva, cujo objeto consiste na “AQUISIÇÃO DE PEÇAS , COMPONENTES E ACESSÓRIOS QUE DEVERÃO SER ORIGINAIS OU GENUÍNOS, COM CERTIFICADO DE PROCEDENCIA E DE ACORDO COM AS CARACTERISÍTICAS DE CADA VEICULO, PARA MANUTENÇÃO DE VEICULOS LEVES E PESADOS DA FROTA MUNICIPAL, em conformidade com as especificações constantes no ANEXO I deste edital, em atendimento à solicitação da Secretaria Municipal de Transportes”, cuja sessão ocorreu em 17/09/2021, conforme edital (peça n. 2 do SGAP).

A Denúncia foi protocolizada nesta Corte de Contas em 16/09/2021, sendo distribuída à minha relatoria na mesma data (peça n. 5 do SGAP).

A denunciante requer a suspensão liminar do certame, alegando, em síntese: a) que o edital vedou no subitem 6.5.1 a participação de empresas em recuperação judicial, contrariando a jurisprudência; e b) ilegalidade por meio de restrição ao caráter competitivo do certame e distinção de domicílio, impedindo empresas sediadas a distância superior a 50Km de participarem do certame – subitem 1.1.4 -, infringindo o inciso I, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, além de divergências em relação à quilometragem definida, levando à insegurança jurídica em razão dos subitens 6.5.4.1, 1.1.8, 1.1.9 e 1.4.

¹ O instrumento convocatório constante dos autos possui numeração com o ano de 2020, bem como o edital dos autos da Prefeitura (peça n. 12 do SGAP, fls. 71/72), percebendo-se que constitui um erro formal. No site da Prefeitura, no link para acesso ao edital, consta a sua numeração com o ano de 2021, bem como nas publicações contendo os avisos de licitação (peça n. 12 do SGAP, fls. 124/126) e na ata de julgamento do certame (peça n. 12 do SGAP, fls. 711/713).

Para fins de instrução preliminar do processo, determinei a realização de diligência, nos termos do art. 306, II, do Regimento Interno deste Tribunal, com a intimação da Sr^a. Ana Paula Marques Mendonça, Pregoeira e signatária do edital, e do Sr. Douglas Moreira Machado, Diretor Municipal de Transportes, signatário do Termo de Referência, na forma prevista no art. 166, § 1º, inciso VI, do RITCMG, para que encaminhassem cópia das fases interna e externa do certame, incluindo a ata da sessão do pregão e de julgamento, e que prestassem esclarecimentos e justificativas acerca das questões pontuadas por este Relator.

Cumprida a diligência, foram juntados os documentos vistos às peças nºs 10 a 15 do SGAP.

Para fins exclusivos de apreciação perfunctória do pedido de concessão de medida cautelar de suspensão do certame, ater-me-ei à análise dos fatos denunciados.

1) Impedimento de participação de empresas em recuperação judicial:

Pois bem, o instrumento convocatório denunciado previu em seu subitem 6.5, subitem 6.5.1, *verbis*:

6.5 – Não será permitida a participação de empresas:

[...]

6.5.1 – Concordatárias ou em processo de falência, sob concurso de credores, em dissolução ou em liquidação;

[...]

Discorre o denunciante sobre a presença de vedação implícita na regra editalícia, uma vez que o instituto da recuperação judicial veio substituir a concordata, contrariando a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, TCE/SP e decisão desta Corte Mineira de minha lavra, Processo n. 1.031.209, no sentido de que é irregular o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial, devendo ser acrescentado no ato convocatório a aceitação de certidão positiva de recuperação judicial.

Assiste razão ao denunciante, uma vez que esta Corte de Contas tem entendido como restritiva a vedação à participação de licitantes em processo de falência, concordata, ou recuperação judicial ou extrajudicial, sem oportunizar a apresentação de um Plano de Recuperação, aprovado no juízo competente, ou avaliar outros requisitos de habilitação econômico-financeira, que porventura garanta aos licitantes, nessa condição, o cumprimento das obrigações.

A proteção dos interesses da Administração deve ser conjugada com o interesse público, devendo ser observado o disposto na Lei nº 11.101/05, que veio proporcionar às empresas a possibilidade de se reerguerem e fomentarem a economia.

Foi nesse sentido, o entendimento por mim exarado nos autos da Denúncia 1.058.870², *verbis*:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. MENOR PREÇO. SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO DE LABORATÓRIOS DE ANÁLISES CLÍNICAS. **VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL.** EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DOS SERVIÇOS DE PRESTAÇÃO INSTANTÂNEA E DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA FINS DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. **LIMINAR DEFERIDA.**

1. **Compete à Administração fazer constar de seus textos convocatórios a possibilidade de oferta de documentos que revelem o cumprimento do plano delineado pelo Judiciário e sugiram a viabilidade econômico-financeira da empresa, ou mesmo a promoção de diligências junto ao Poder Judiciário, para a obtenção de informações atualizadas quanto ao bom andamento do plano de recuperação deferido.**

[...]

Este posicionamento já defendi nos autos da Denúncia n. 977532, acompanhado pelos Conselheiros Gilberto Diniz e Durval Ângelo, e nos autos da Denúncia n. 1015596, da relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, em sessão da Segunda Câmara desta Corte, de 15/03/2018, que acompanhei.

Nessa esteira, alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica e entendo que há elementos suficientes para a concessão, de ofício, da medida cautelar de suspensão. (g.n.)

Nessa esteira, em relação ao presente apontamento relativo ao subitem 6.5, 6.5.1, entendo configurado indício de irregularidade, o que evidencia a presença do *fumus boni iuris*, em razão de exigência editalícia que poderia comprometer a competitividade e o interesse público.

Lado outro, os denunciados informaram (peça n. 15 do SGAP), em resposta à diligência, que não houve participação de qualquer empresa em processo de recuperação judicial.

Ao final, após análise dos demais apontamentos da Denúncia, verificarei a presença do segundo elemento para a concessão da medida acautelatória de suspensão do certame, o *periculum in mora*.

² 8ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, em 21/03/2019.

2) Restrição territorial constituindo ilegalidade e divergências na definição da quilometragem:

O denunciante insurge-se contra ilegalidade do edital, por meio de restrição ao caráter competitivo do certame e distinção de domicílio, impedindo empresas sediadas a distância superior a 50km de participarem do certame, subitem 1.1.4, infringindo o inciso I, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93, além de divergências na definição da quilometragem definida, levando à insegurança jurídica, como se vê dos subitens 6.5.4.1, 1.1.8, 1.1.9, 1.4.

Assiste razão ao denunciante quanto às divergências verificadas no instrumento convocatório em relação à quilometragem definida, tanto que, em diligência determinada por este Relator, buscamos esclarecer a incoerência e as justificativas (peça nº 6 do SGAP).

O edital prevê no subitem 1.1.4 a contratação de empresa cuja sede ou filial esteja a distância máxima de 50km da sede da Prefeitura, não constando que a restrição visa a prioridade de contratação de ME e EPP sediadas regionalmente, como constou no subitem 1.1.9, porém, nesse item, incoerentemente, consta a distância de até 45km da cidade de Estiva.

No subitem 6.5.4.1 consta que “a distância de 100km a ser considerada será medida a partir de estradas oficiais pavimentadas”, não deixando claro que veda a participação de empresas que estejam situadas a distância superior a essa, mas deixando implícito.

Destarte, no Anexo I do edital - Especificação do Objeto, consta a distância de até 45km da cidade de Estiva.

E no Anexo VII – Termo de Referência, verifica-se no subitem 1.4 que a distância considerada será de 50km. E, em contradição, o seu subitem 6.4 registra a distância de 45km.

Não resta dúvida acerca da alegada incoerência, pois os itens citados apresentam quilometragens controversas, o que poderia gerar, de fato, insegurança jurídica às MEs e EPPs interessadas em participar do certame, bem como a subjetividade do julgamento, o que contraria o art. 3º da Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre os princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório. Julgamento vinculado a qual das regras do edital, se essas apresentam contradições?

Em impugnação ao edital, apresentada pelo denunciante junto à Pregoeira, o parecer jurídico a considerou improcedente, e concluiu que bastaria aplicar a distância maior, permitindo a participação de maior número de interessados.

Em resposta à diligência os denunciados informaram (peça n. 15 do SGAP) que 7 (sete) empresas participaram do certame, e que nenhuma foi impedida de participar em razão das citadas exigências, e que nenhuma fora inabilitada.

Pois bem, quanto às divergências verificadas sobreleva registrar que, embora, a irregularidade constante do edital, que deve conter cláusulas coerentes e uníssonas, incluindo a redação dos seus anexos, evitando distorção de entendimento, contradições em suas condições que, poderão gerar problemas no julgamento da licitação, que, nos termos da Lei, deve ser impessoal, objetivo e vinculado ao edital, ou, ainda, problemas na fase de execução contratual, verifica-se da ata da sessão do pregão (peça n. 12 do SGAP, fls. n. 711/712), que, de fato, 7 (sete) empresas participaram do certame.

Dessa forma, comprova-se que as incoerências registradas não cercearam a participação dos interessados. E, verifico, também, da ata, que nenhuma licitante foi desqualificada a participar do certame em razão da sua localização em relação à sede da prefeitura ou do município. Ponto fundamental, uma vez que, diante das contradições verificadas no texto do edital e anexos, tivesse ocorrido desqualificação de alguma empresa que estivesse situada acima da distância de 45km o julgamento não teria sido objetivo, e restaria comprovada a restrição à competitividade.

Vejamos a disposição da Lei Complementar n. 123, de 2006, acerca do tratamento diferenciado para as microempresas – ME e empresas de pequeno porte – EPP:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

[...]

§ 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (g.n.)

Esta Corte de Contas respondeu nos seguintes termos à Consulta n. 887.734, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão julgada pelo Plenário desta Corte em 3/7/2013, *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.

O edital denunciado previu:

1.1.8. Com base no §3º do art.48 da Lei 123/2006, será observado o benefício de prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

1.1.9. Considerar-se-á como empresa local aquela sediada no município de Estiva e como empresa regional aquela sediada num raio de até 45Km(quarenta e cinco) quilômetros da cidade de Estiva. (grifos no original)

A justificativa consta do Anexo VII - Termo de Referência, nos subitens 1.5 e 1.6, no sentido de que a fixação do raio de 45km visa ao “desenvolvimento da economia local e regional, uma vez que proporcionará a geração de mais emprego e renda. Considerando que muitos municípios de Estiva possuem trabalhos fora do território Estivense, mas em cidades localizadas dentro do raio determinado pelo sub item anterior” [sic], podendo gerar empregos que os habitantes de Estiva possam ocupar, e, ainda, visando a obtenção de proposta mais vantajosa, uma vez que, para empresas localizadas em distâncias maiores a vantagem do menor preço ficaria prejudicada, em razão do maior custo, gerando menor percentual de desconto.

Pois bem, não se mostra defensável alegar ilegalidade em relação ao benefício concedido às MEs e EPPs sediadas regionalmente, haja vista o fundamento no § 3º, do art. 48, da LC n. 123, de 2006.

Destarte, ainda que esteja presente elemento configurador do *fumus boni iuris* em relação ao impedimento de participação de empresas em recuperação judicial (instituto que veio a substituir a concordata), e em relação às incoerências verificadas no edital e seus anexos, quanto à definição da distância da sede da contratada, ou da sua filial, até o município, ou sede da Prefeitura, é necessário considerar que o presente certame visa o fornecimento de peças para veículos da Prefeitura e Secretarias Municipais, incluindo a Secretaria da Saúde, conforme se vê do subitem 5.1 do Anexo VII, Termo de Referência.

E, nesse diapasão, entendo que a suspensão do certame *sub examine* pode caracterizar o *periculum in mora* inverso, em razão da pandemia de Covid-19, que continua a assolar o país, bem como Minas Gerais, que permanece em estado de calamidade pública, conforme prorrogação da situação por meio do Decreto n. 48.205, de 2021,³ sendo obrigatório o exercício do juízo de conveniência e risco, pelos Conselheiros desta Corte, quando das decisões sobre suspensão de procedimentos licitatórios que envolvam aquisições de insumos para a área da saúde, e contratações que possam repercutir no atendimento aos cidadãos em razão da pandemia, e, *in casu*, se há o atendimento à Secretaria da Saúde, o perigo da demora para o atendimento deve ser considerado.

Ademais, a licitação em exame já se encontra finalizada, tendo ocorrido a sessão do pregão em 17 do mês em curso, declaradas as licitantes vencedoras, estando o objeto do pregão apto a ser adjudicado e o procedimento homologado, nos termos da ata de julgamento (peça n. 12, do SGAP, fls. n. 711/712).

Nessa esteira, considerando que a concessão de medida liminar exige a presença, necessariamente, do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* **não concedo a cautelar pleiteada**, uma vez que não restou configurado prejuízo ao certame e ao interesse público, bem como em razão da configuração do *periculum in mora* inverso para a Administração, caso fosse determinada a suspensão do Pregão Presencial n. 051/2021, *in casu*, uma vez que mais prejudicial ao interesse

³ O Decreto Estadual, n. 48.205, de 15/06/2021, do Governador do Estado, prorrogou até 31/12/2021 o prazo de vigência do estado de calamidade pública decorrente da pandemia de COVID-19 de que trata o art. 1º, do Decreto n. 47.891, de 20/03/2020, no âmbito de todo o território do Estado.

público do que os benefícios que, eventualmente, adviriam caso fosse determinada a sua suspensão liminar, já tendo sido realizado o certame, e, ainda, em razão da essencialidade dos serviços de saúde prestado à população de Estiva na atual situação de pandemia da Covid-19, uma vez que o objeto do certame inclui o fornecimento de peças para veículos da Secretaria da Saúde.

Impende, todavia, ressaltar, que a Denúncia terá normal prosseguimento, para análise do instrumento convocatório.

Na forma prevista no art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG, intime-se o denunciante desta decisão.

Em seguida, encaminhem-se os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação para análise da denúncia e eventuais apontamentos complementares, que deverá observar, caso seja necessária, os termos da **Portaria WA 005/2021**, publicada no Diário Oficial de Contas do dia 26/03/2021.

Ato contínuo, sejam os autos remetidos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para manifestação preliminar, nos termos do art. 61, §3º, do RITCEMG.

Após, retornem-me conclusos.

Belo Horizonte, em 01/10/2021.

Conselheiro Wanderley Ávila
Relator
(assinado digitalmente)