



AUTOS DA DENÚNCIA N. 1.107.618 – 2021

1 - DA IDENTIFICAÇÃO E DO OBJETO

Versam os autos sobre denúncia, com pedido liminar de medida cautelar de suspensão do certame, formulada por M & M INDÚSTRIA FARMACEUTICA EIRELI, devidamente qualificada na inicial, em face do Processo nº 157/2021, Pregão – RP 97, Edital nº 125/2021, do tipo menor preço por item, lançado pela Prefeitura Municipal de Patrocínio, cujo objeto é o “registro de preços para aquisições de materiais médico hospitalares e produtos de higienização, com registro na Anvisa, que tem a finalidade de atender as unidades da Secretaria Municipal de Saúde” (Peça nº 2, código do arquivo nº 2538117, do SGAP).

2 - DO RELATÓRIO

Alega a Denunciante, conforme síntese constante do Relatório de Triagem nº 785/2021, que o referido processo contém as seguintes irregularidades: 1) O certame é restritivo, eis que o instrumento convocatório (Processo nº 157/2021, Pregão – RP 97, Edital nº 125/2021, do tipo menor preço por item) não prevê a cota reserva de 25% (vinte e cinco por cento) prevista na legislação de regência, destinada a participação exclusiva no certame de microempresas e empresas de pequeno porte, consoante o subitem 6.1.1 do referido edital; 2) Restrição ao caráter competitivo da licitação, consoante o inciso I do § 1º, do art. 3º da Lei 8666/93; 3) Inobservância das disposições contidas nos Arts. 47 e 48, inciso III, ambos da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014. (Peça nº 3, código do arquivo nº 2538799, do SGAP).

Após submissão do citado relatório de triagem, a documentação foi recebida pelo Conselheiro Presidente Mauri Torres como Denúncia, sendo por ele determinada a autuação e distribuição nos termos do *caput* do artigo 305 do Regimento Interno (peça 4, código do arquivo 2539069, do SGAP), tendo sido sorteado como relator o Conselheiro Wanderley Ávila (peça 5, código do arquivo 2539198, do SGAP).

Ao analisar o pedido liminar de suspensão cautelar, o Conselheiro Wanderley Ávila o indeferiu, em razão da configuração do *periculum in mora* inverso, uma vez que os

itens a serem adquiridos são de utilização obrigatória, inclusive no combate à pandemia de Covid-19. O Relator manifestou-se nos seguintes termos (Peça 6, código do arquivo 2541005, do SGAP:

O objeto que se pretende licitar constitui materiais médico hospitalares e produtos de higienização para abastecimento das unidades de saúde de Patrocínio, e verifico que consta itens de utilização obrigatória, inclusive, em razão da pandemia de Covid-19, que continua a assolar o país, bem como Minas Gerais, que continua em estado de calamidade pública, conforme prorrogação por meio do Decreto n. 48.205, de 2021, 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 envolvam o atendimento aos cidadãos em razão da pandemia.

Constam dos itens objeto do presente certame: álcool gel antisséptico 70% para higienização e desinfecção das mãos, filtro respiratório para uso em ventilação mecânica, máscara facial, seringas, termômetro digital infravermelho para medição sem contato, de leitura instantânea, avental cirúrgico.

Nessa esteira, considerando que a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, exige a presença, necessariamente, do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* não concedo a cautelar pleiteada, em razão da configuração do *periculum in mora* inverso para a Administração, caso fosse determinada a suspensão do Pregão Registro de Preço n. 097/2021, *in casu*, uma vez que mais prejudicial ao interesse público do que os benefícios que, eventualmente, adviriam caso fosse determinada a sua suspensão liminar, haja vista a essencialidade dos serviços de saúde prestado à população de Patrocínio na atual situação de pandemia da Covid-19.

Em seguida, o Conselheiro Relator assim determinou:

[...] a intimação da Sr^a. Lúcia de Fátima Lacerda, Pregoeira e signatária do edital, na forma prevista no art. 166, § 1º, inciso VI, do RITCMG, para que, no **prazo de 02 (dois) dias**, encaminhe cópia das fases interna e externa do Pregão Registro de Preço n. 097/2021, apresentando documentação comprobatória de pesquisa realizada junto ao mercado, relativa à comprovação da desvantajosidade verificada, nos termos registrados no item 6, subitem 6.1.1, do edital. E, ainda, caso o edital tenha sido retificado, conforme informação do site da Prefeitura, e publicado, seja encaminhado a este Relator, com informações acerca das retificações promovidas. Caso contrário,

seja o edital retificado encaminhado no **prazo de 5 (cinco) dias após sua publicação**, nos termos do art. 263, do RITCMG.

Ao final, o Conselheiro Wanderley Ávila também determinou que, após o cumprimento da diligência pela denunciada e juntada da documentação, os autos fossem encaminhados a esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação para análise de eventuais apontamentos complementares, observando-se a Portaria WA 005/2021, em caso de necessidade de requisição de novos documentos e esclarecimentos.

3 - DA DELIMITAÇÃO DA ANÁLISE

Neste exame, atento à legalidade dos atos e aos pontos jurídicos passíveis de restrição à competitividade, será verificado por esta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, a luz dos documentos encaminhados pela denunciada, se realmente há a alegada desvantajosidade nos termos registrados no item 6, subitem 6.1.1, do edital e, caso o edital tenha sido retificado, se há algo a ser apontado como irregular.

Por fim, tendo em vista a determinação contida no despacho de encaminhamento do Conselheiro Relator, Wanderley Ávila, esta Coordenadoria fará a análise do edital, adotando o *checklist* padrão para aquisição de bens.

4 - DA RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, CONSOANTE O SUBITEM 6.1.1 DO REFERIDO EDITAL

Alegou a denunciante, em síntese, que o edital em tela não observou os termos da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar 147/2014, notadamente ao que dispõe o seu art. 47, combinado com os arts. 42 a 49 do mesmo diploma legal (Peça nº 2, código do arquivo nº 2538117, do SGAP).

Também aduziu a denunciante que não foi feita a reserva de cota exclusiva de 25% do objeto da licitação às ME's e EPP's, uma vez que o objeto seria divisível.

Destacou, ainda, a falta de demarcação de exclusividade de licitação às ME's e EPP's para bens cujos valores sejam de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Ao final, pediu a suspensão do certame, o que fora indeferido pelo Conselheiro Relator Wanderley Ávila, conforme acima demonstrado.

Requeru que o novo instrumento convocatório contemplasse as exigências da Lei Complementar nº 123/2006 c/c Lei Complementar nº 147/2017, no que diz respeito aos itens denunciados, além do processamento da presente denúncia.

Em resposta apresentada pela denunciada (peça 10, código do arquivo 2550025, do SGAP), a pregoeira municipal, Lúcia de Fátima Lacerda, informou que encaminhou a documentação solicitada e que “[...] acatou a impugnação apresentada pela Empresa M 8s M Indústria Farmacêutica Eireli e retificou o Edital através de ERRATA publicada no órgão oficial e divulgada no portal do Município, passando a fazer parte integrante do edital, fazendo constar os benefícios previstos nos incisos I e III do art. 48 da Lei Complementar n. :23/06.”

Quanto à questão da documentação comprobatória da alegada desvantajosidade contida no item 6, subitem 6.1.1 do Edital, informou “[...] que o Departamento de Licitação conseguiu junto a possíveis fornecedores orçamentos dos itens a serem licitados [...] No entanto, tais orçamentos eram de ME e EPP” e que, comparados aos preços constantes do Banco de Preços da Saúde, do Ministério da Saúde, demonstraram-se “[...] muito superiores aos valores contratados por órgãos públicos através de empresas maiores, que não se enquadram no tratamento diferenciado [...]”, o que motivara a redação do item 6.1.1 do edital em tela.

Reafirmou que, apesar do ocorrido, já fora publicada errata com nova redação do dispositivo em apreço, nos seguintes termos:

Lê-se:

6.1.1 – Considerando que os itens nº 1(Álcool 5litros), nº 2(Álcool 500g), nº 4(Filtro Respiratório), nº 5 (Máscara VNI) e nº 7(Termomêtro), têm seus valores de referência menores que R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e de acordo com os artigos 47 e 48, I da LC 123/06, **os itens nº 1, 2, 4, 5 e 7 terão destinação exclusiva para MICROEMPRESAS (ME), EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP)** e os itens nº 3(Avental Cirúrgico) e nº 6(Seringa) têm seus valores de referência maiores que R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo **os itens nº 3 e 6 de natureza divisível, será reservado cota de até 25% (vinte e cinco por cento) para a contratação de ME e EPP;**

Concluiu a denunciada que tanto a impugnação quanto o entendimento desta Corte foram atendidos, levando-se em consideração a concessão dos benefícios às ME's e EPP's.

Noutro giro, destacou a responsável que se constata que, na prática, os valores apresentados pelas ME's e EPP's são sempre superiores aos das demais empresas e, em sendo aceitos, levam ao desatendimento de outros princípios da Administração Pública.

Ressaltou que a data da abertura do certame também foi alterada para 28.9.2021 e que haveria a necessidade de alteração dos quantitativos no anexo de itens do edital, especificamente quanto à reserva de 25% do objeto para ME's e EPP's, o que levou à suspensão do certame até que fossem processadas as alterações.

ANÁLISE

Efetivamente, o art. 48, incisos I e III, c/c art. 49, ambos da Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/14, trazem alterações que tornaram imperativas algumas condições que eram somente facultativas na redação original. Vê-se a intenção do legislador em tornar obrigatória para a Administração Pública, em procedimentos licitatórios para aquisição de bens de natureza divisível, reserva de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME's, EPP's e equiparadas, nos lotes ou, dependendo do caso, nos itens de contratação cujo valor cotado exceda a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e de licitação exclusiva para ME's, EPP's e equiparadas nos certames com valor até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Compulsando o edital em tela, verifica-se que, de fato, o objeto ora licitado é divisível, o que justificaria a imposição do tratamento diferenciado estabelecido no art. 48 da Lei Complementar nº 123/06.

No entanto, conforme bem destacado pelo Relator, ao indeferir o pleito liminar, a denunciada justificou a ausência de vantajosidade para a Administração em se contratar com as ME's e EPP's, considerando o maior preço que estas ofertam. Some-se a isso a urgência em adquirir materiais médico hospitalares e produtos de higienização, diante da situação de calamidade pública que acomete o país, em decorrência da pandemia da Covid-19. Deste modo, a princípio, a ausência do tratamento diferenciado, *in casu*, encontra guarida no disposto no inciso III do art. 49 da LC nº 123/06.

Ocorre que, em pesquisa realizada no *site* da Prefeitura de Patrocínio, observa-se que a Administração procedeu à nova retificação do edital¹, com sessão agendada para 19/10/2021.

Para efeito de comparação, registre-se que o edital objeto da presente denúncia, em sua publicação original (Peça nº 2, código do arquivo nº 2538117, do SGAP), estabeleceu:

6.1.1 - Considerando que os itens de contratação, por se tratar de insumos de saúde, são fornecidos por grandes empresas com preços mais vantajosos para a Administração. Considerando o princípio da seleção da proposta mais vantajosa e com fundamento no inciso III do art. 49 da Lei Complementar nº123/2006, não será concedido tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas e Pequeno Porte, que poderão participar da disputa ampla, garantido o direito ao empate ficto e a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista para fins de assinatura do contrato.

Por sua vez, o instrumento convocatório atualmente publicado assim dispõe:

6.1.1 - São exclusivos para participação exclusiva de MICROEMPRESAS (ME), EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) os itens: 1, 2, 5, 6 e 9.

6.1.2- Fica destinada cota de 25% para participação exclusiva pra MICROEMPRESAS (ME), EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) E MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) os itens: 4 e 8.

6.1.3- Fica destinada cota de 75% para ampla concorrência, os itens: 3 e 7.

Observa-se, portanto, que a Administração Municipal de Patrocínio procedeu às devidas adequações e ofereceu tratamento diferenciado às ME's e EPP's, seja com licitação exclusiva (para os itens 1, 2, 5, 6 e 9), seja com reserva de cota de 25% (para os itens 4 e 8).

Diante do exposto, chega-se à conclusão que, com as modificações introduzidas no edital, ficaram sanadas as irregularidades atinentes

¹ Disponível em

<http://www.portal.patrocinio.mg.gov.br/pmp/images/publicacoes/processoslicitatorios/2021/processo157/06-%20EDITAL%20RETIFICADO-%20PR%20125-21%20RP%20-%20MAT.%20M%C3%89DICO%20HOSPITALARES.pdf>

5 - DA ANÁLISE DO EDITAL PELA COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO

5.1. DA FORMA DE APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÕES E RECURSOS

Mediante análise do edital retificado, verificou-se que, nos itens 8 e 9, que tratam, respectivamente, da impugnação do ato convocatório e dos recursos, não constam as formas de suas interposições, ausências estas que prejudicam a devida transparência das regras editalícias, as quais devem tratar de forma ampla sobre a possibilidade de apresentação de impugnações e recursos, sob pena de restringir o direito de petição e de defesa.

5.2. DA PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL.

Consta do edital em tela, na cláusula 7.1.2.1, exigência de apresentação de Certidão Negativa de Falência, Concordata, Recuperação Judicial ou Extrajudicial expedida pelo(s) cartório(s) distribuidor(es) da sede ou domicílio da licitante.

Tal exigência vai de encontro ao entendimento desta casa, manifestado em várias decisões assim como do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União e inviabiliza o exercício do direito previsto no Art. 5º, inciso LV, da CR/88; nos Arts. 41, §1º, da Lei nº 8.666/93 e 109 da Lei nº 8.666/93.

Ante todo o exposto, esta Unidade Técnica entende que a exigência prevista na cláusula 7.1.2.1 do edital impede a participação no certame de empresas em recuperação judicial e extrajudicial.

Verifica-se, portanto, esta irregularidade no edital.

6 - INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA

Ultrapassada a análise do mérito da denúncia, cumpre destacar competência deste Tribunal de Contas, estabelecida pela Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 76 – O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete:

[...]

XIV – examinar a legalidade de ato dos procedimentos licitatórios, de modo especial dos editais, das atas de julgamento e dos contratos celebrados;

Some-se a isso, que a redação da Lei nº 14.133/2021, considerando a necessidade de práticas contínuas de gestão de riscos e de controle preventivo, prevê que as contratações públicas sujeitar-se-ão ao controle social dos Tribunais de Contas, *verbis*:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

[...]

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

Incumbe a esta Corte, portanto, examinar o cumprimento das normas atinentes à licitação durante a condução dos certames.

Previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, o Princípio da Publicidade, que tem sua origem na Constituição da República, em seu inciso XXXIII do art. 5º, e foi regulamentado pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), preconiza a divulgação dos atos oficiais. Corolário ao da publicidade, o Princípio da Transparência visa à clareza do conteúdo das informações divulgadas.

In casu, verificou-se o cumprimento aos mencionados princípios, posto que, após analisada a documentação dos autos e realizada pesquisa na *internet*, não foi possível constatar a existência de decretos que regulamentem o pregão eletrônico e o sistema de registro de preços. Registe-se que o edital cita o Decreto nº 2.322, de 02 de janeiro de 2007, que regulamenta a modalidade do pregão presencial, embora não tenha sido localizado a sua íntegra no *site* da Administração Municipal de Patrocínio.

O pregão eletrônico se encontra, atualmente, regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 10.024/2019, e, no âmbito estadual, pelo Decreto nº 48.012/2020, que determinam, nos termos do § 1º do art. 1º, a utilização obrigatória da modalidade do pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública direta, autarquias, fundações e fundos especiais, respectivamente no âmbito federal e no âmbito estadual.

A referida regra é excepcionada pelos § 4º, no caso do Decreto Federal, e § 2º, relativo ao Decreto Estadual, dos respectivos dispositivos legais, que informa que, se for comprovada, mediante prévia justificativa da autoridade competente, a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica, admitir-se-á a utilização da forma de pregão presencial nas licitações.

Atente-se, também, que o § 2º do art. 17 da Lei nº 14.133, Nova Lei de Licitações vigente desde 1º de abril de 2021, embora não aplicável ao presente caso, prevê:

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Nota-se a diretriz estabelecida pela novel legislação, no sentido de dar preferência às licitações eletrônicas, salvo mediante motivação.

A realização de licitação por meio do pregão eletrônico já é uma realidade no âmbito da União e muitos estados e municípios brasileiros, considerando suas vantagens, como: 1) ambiente virtual; 2) acesso pela rede mundial de computadores; 3) busca pela melhor proposta; 4) economicidade; 5) ampliação da competitividade; 6) celeridade na compra; 7) otimização processual; 8) transparência; 9) eficiência na administração pública; 10) impessoalidade na condução da sessão pública; 11) medida de boa governança; 12) fortalecimento do controle externo e do controle social. Ademais, em tempos de pandemia da Covid-19, a licitação em sua forma eletrônica contribui para as recomendadas medidas de isolamento social.

Por sua vez, o Sistema de Registro de Preços (SRP), atualmente, é regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 7.892/2013 (com alterações efetuadas pelo Decreto nº 9.488/2018), e, no âmbito do Estado de Minas Gerais, pelo Decreto nº 46.311/2013. Nos termos do inciso I do art. 2º do Decreto Federal e do inciso XV do art. 2º

do Decreto Estadual, o SRP consiste em um conjunto de procedimentos para registro formal de preços para contratações futuras, que pode ser adotado nas modalidades concorrência e pregão (eletrônico e presencial), do tipo menor preço.

A aplicação do SRP implica em muitos benefícios à Administração, como: 1) redução do número de procedimentos licitatórios; 2) redução do volume de estoques; 3) eficiência nas contratações públicas; 4) administração mais gerencial; 5) redução do custo administrativo.

Diante disso, considerando a competência desta Corte para o exercício do controle externo, como examinar a legalidade de ato dos procedimentos licitatórios, nos termos do inciso XIV do art. 76 da Constituição do Estado de Minas Gerais; considerando que as contratações públicas sujeitar-se-ão ao controle social dos Tribunais de Contas, nos termos do inciso III do art. 169 da Lei nº 14.133/2021; considerando a função pedagógica dos Tribunais de Contas na busca de orientar os jurisdicionados sobre a forma adequada de agir; considerando, no âmbito da Administração Pública, a necessidade de observância aos princípios da publicidade e da transparência; esta Unidade Técnica entende que pode ser expedida recomendação ao gestor municipal no seguinte sentido:

- Caso ausente regulamentação do instituto do pregão eletrônico e do sistema de registro de preços, que sejam, nos termos das legislações vigentes, promulgados os respectivos decretos e dadas a eles a devida publicidade, em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;
- Caso existentes os decretos, que seja procedida à devida publicação em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;
- Caso constatada inviabilidade técnica ou desvantagem para a administração na realização do pregão eletrônico, que seja expedida justificativa pela autoridade competente, nos termos do § 4º do art. 1º do Decreto Federal nº 10.024/2019 e do § 2º do art. 1º do Decreto Estadual nº 48.012/2020.

7 - DA CONCLUSÃO

Diante da análise da Denúncia formulada por **M & M INDÚSTRIA FARMACEUTICA EIRELI**, devidamente qualificada na inicial, em face do Processo nº

157/2021, Pregão – RP 97, Edital nº 125/2021, lançado pela Prefeitura Municipal de Patrocínio, entende esta Unidade Técnica que as irregularidades apresentadas na presente denúncia foram sanadas com as retificações feitas no edital pela Administração Pública.

No entanto, quando da sua análise integral do edital retificado por esta Coordenadoria, foram detectadas as seguintes irregularidades:

1 – Nos itens 8 e 9 do edital retificado, que tratam, respectivamente, da impugnação do ato convocatório e dos recursos, não constam as formas de suas interposições.

2 - Consta do edital em tela na cláusula 7.1.2.1, exigência de apresentação de Certidão Negativa **Recuperação Judicial ou Extrajudicial**.

Quanto ao item 6 deste relatório - **6 - INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA** -, esta Unidade Técnica entende que pode ser expedida recomendação ao gestor municipal no seguinte sentido:

- Caso ausente regulamentação do instituto do pregão eletrônico e sistema de registro de preços, que seja, nos termos das legislações vigentes, promulgado o respectivo decreto e dada a ele a devida publicidade, em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;
- Caso existente o decreto, que seja procedida à devida publicação em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;
- Caso constatada inviabilidade técnica ou desvantagem para a administração na realização do pregão eletrônico, que seja expedida justificativa pela autoridade competente, nos termos do § 4º do art. 1º do Decreto Federal nº 10.024/2019 e do § 2º do art. 1º do Decreto Estadual nº 48.012/2020.

Em razão das irregularidades atinentes à ausência de regras às interposições de impugnações e de recursos e à exigência de apresentação de Certidão Negativa de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MATÉRIAS ESPECIAIS
COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO



Recuperação **Judicial ou Extrajudicial**, sugere-se a citação da senhora Lúcia de Fátima Lacerda, Pregoeira e signatária do edital, para, querendo, apresentar defesa.

Conforme determinado, os presentes autos devem ser conclusos ao Relator.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 08 de outubro de 2021.

Filipe Eugênio Maia Ballstaedt
Analista de Controle Externo
TC- 1457-2