



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

PROCESSO Nº:	1.107.652
NATUREZA:	DENÚNCIA
ÓRGÃO:	PREFEITURA MUNICIPAL DE
DENUNCIANTE:	ESTIVA
RELATOR:	ABREU MACHADO – APOIO
	ADMINISTRATIVO E ASSESSORIA
	CONS. WANDERLEY ÁVILA
ANO REF.:	2021

ANÁLISE INICIAL

I. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos sobre denúncia, com pedido de suspensão cautelar, oferecida pela empresa Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria, à peça n. 2, diante de supostas irregularidades no Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021, realizado pela Prefeitura Municipal de Estiva.

Em suma, a denunciante alega *“foi constatado vícios graves e insanáveis do processo, os quais põe em risco a probidade do certame além de violar diversos princípios inerentes a administração pública e ao processo licitatório, impedindo a participação de mais de uma empresa, onde após breve síntese será demonstrado os indícios de direcionamento”*.

Na sequência, à peça n. 3, no relatório de triagem n. 806/2021, propôs-se a autuação como denúncia, tendo em vista o atendimento aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 301 do Regimento Interno.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

À peça n. 4, no expediente n. 2223/2021, preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 301 do Regimento Interno, o Conselheiro-Presidente, Mauri Torres, recebeu a documentação como denúncia e determinou sua autuação e distribuição, nos termos previstos no caput do art. 305 do mencionado normativo, com a urgência que o caso requer.

Em 16/09/2021, à peça n. 5, a denúncia foi distribuída ao Conselheiro Wanderley Ávila.

No despacho de peça n. 6, o relator determinou, nos termos do art. 306,II, do Regimento Interno deste Tribunal, a intimação da Sra. 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, no prazo de 02 (dois) dias, encaminhem cópia das fases interna e externa do Pregão Presencial n. 051/2020, incluindo a ata da sessão do pregão e de julgamento, e que prestem o esclarecimentos e justificativas sobre o certame.

Devidamente citados às peças n. 7/9, os denunciados se manifestaram às peças n. 12/15.

Na decisão monocrática de peça n. 17, o relator indeferiu o pedido de suspensão cautelar do Pregão Presencial n. 051/2021. Determinou, ainda, que, na sequência, os autos deste processo fossem encaminhados Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação(CFEL) e, em seguida, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC).

À peça n. 21, a CFEL requereu a intimação do responsável pelo certame para encaminhar documentos que compõem a fase externa do certame, dentre eles, a ata da sessão de julgamento, o termo de adjudicação, o termo de homologação, bem como os contratos ou notas de empenho, caso tenham sido formalizados.

No despacho de peça n. 23, a Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais solicitou a intimação, por meio eletrônico, da Sr. Ana Paula Marques Mendonça,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

Pregoeira e signatária do edital, para que, no prazo de 05 (cinco) dias, envie a este Tribunal de Contas cópia integral da fase externa do certame, o que inclui: a ata da sessão de julgamento, o termo de adjudicação, o termo de homologação, bem como os contratos ou notas de empenho, caso tenham sido formalizados.

Depois de intimada, à peça n. 24/25, foram apresentados os documentos solicitados de peças n. 26/34.

À peça n. 36, os autos deste processo foram encaminhados para a CFEL.

Por fim, à peça n. 37, como o contrato do certame já foi firmado, os autos foram encaminhados a esta Unidade Técnica para análise inicial.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. Do Impedimento de participação de empresas em recuperação judicial

O denunciante alega que *“o edital é irregular porque veda a participação de empresas em recuperação judicial. Sendo que o certame então não possibilita que empresas em recuperação que tenham o plano homologado judicialmente possam participar do certame, e tal vedação frustra o caráter competitivo do certame, o mesmo deve ser editado imediatamente”*.

Por outro lado, os defendentes afirmam que *“Extrai-se da documentação juntada (cópia integral da licitação), em especial da ata de sessão de pregão, que participaram 07 empresas do ramo, demonstrando a ampla participação, sem qualquer restrição aos interessados, e sem qualquer prejuízo ou mero indício aos interessados e ao próprio ente municipal”*.

Análise

A indisponibilidade do interesse público é um dos princípios basilares do regime jurídico-administrativo, segundo a qual, em regra, a Administração Pública, no exercício de suas atividades, não pode dispor do interesse público. Isso se deve ao fato



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

de que os administradores públicos são meros gestores da coisa pública, uma vez que esta pertence a coletividade.

Outro princípio que norteia as relações administrativas é a isonomia. Através dela, o administrador público deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Nesse passo, como o fim visado é o atendimento do interesse público, a máquina pública não deve ser utilizada como um instrumento para efetuar favorecimento ou perseguições a determinadas pessoas. Nas licitações não é diferente, tal princípio deve nortear os certames.

Assim, buscando a satisfação do interesse público, a indisponibilidade do interesse público impõe restrições à Administração Pública, dentre elas, a obrigatoriedade de realização de licitação em suas contratações:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

No presente caso, analisou-se o edital do Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021 e identificou-se que o certame exclui a participação de empresas em recuperação judicial:

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;

[...]

(Grifos Nossos)

Nesses termos, o caput do art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei de Licitações), de aplicação subsidiária ao pregão (art. 9º da Lei Federal n. 10.520/02), garante a observância dos princípios da impessoalidade e da igualdade nos certames licitatórios:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3º COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Além do mais, a Lei de Licitações, no Inciso I do §1º art. 3º, veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Desse modo, via de regra, os certames licitatórios devem ser norteados por critérios isonômicos que não restrinjam o caráter competitivo. Assim, respeitados os limites da Lei Nacional n. 8.666/93 (Lei de Licitações), o certame licitatório deve ser ampliado para o máximo de licitantes possíveis, seja pessoa física ou jurídica, que possuam capacidade para o cumprimento do objeto licitado de modo que a Administração Pública Contratante escolha a proposta que lhe seja mais favorável. Nessa mesma linha, Ricardo Alexandre¹ discorre:

Do princípio da igualdade – mais apropriadamente enxergado princípio da isonomia – decorre que a Administração deve tratar, de forma idêntica, todos os licitantes que se encontrem na mesma situação jurídica. Esse princípio garante que seja dada oportunidade de participar do certame licitatório a todos aqueles que tenham condições de cumprir o futuro contrato e proíbe que sejam feitas discriminações injustificadas no julgamento das propostas.

(...)

conclui-se que, ainda que a circunstância venha a restringir o caráter competitivo do certame, se for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato, poderá ser incluída no instrumento convocatório do certame. **Assim, o que está legalmente proibida é a estipulação de discriminações injustificadas, desarrazoadas, porque estas ferem o princípio da igualdade.**
(Grifos Nossos)

¹ ALEXANDRE, Ricardo. Direito administrativo esquematizado/ Ricardo Alexandre, João de Deus. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, P. 548.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

A princípio, não há qualquer vedação legal à participação de empresas em recuperação judicial. Entretanto, no caso concreto, a Administração Pública contratante poderá impor cláusulas restritivas ao caráter competitivo. Para isso, a Administração deve estipular os critérios de impedimento de participação no certame daqueles que se encontrarem em recuperação judicial. Em todos os casos, deve-se respeitar os princípios administrativos da proporcionalidade e adequação.

Nesse passo, esta Corte de Contas já se manifestou sobre a participação de empresas em recuperação judicial em certames licitatórios:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE EXAMES DE IMAGEM, RADIOLÓGICOS E CONTRASTADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE REGISTRO DE LICITANTE NA ENTIDADE DE CLASSE. IRREGULAR. NÃO FIXADA RESPONSABILIDADE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO CERTAME. RECOMENDAÇÕES.

(...)

4.A apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da licitante.

(...)

[DENÚNCIA n. 986583. Rel. CONS. GILBERTO DINIZ. Sessão do dia 25/05/2017. Disponibilizada no DOC do dia 19/06/2017.]

ENÚNCIAS. REFERENDO. AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO A TÍTULO ONEROSO DA PRESTAÇÃO E EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. IRREGULARIDADES QUE COMPROMETEM A LEGALIDADE, O CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO E A MODICIDADE DA TARIFA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO PERIGO DA DEMORA E DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

1. Com o advento da Lei n. 11.101/2005, as empresas submetidas a processo de recuperação judicial podem participar de licitação, desde que demonstrem, na fase de habilitação, ter viabilidade econômica.

(...)

[DENÚNCIA n. 1041579. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 21/11/2018. Disponibilizada no DOC do dia 29/11/2018.]



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3º COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO. LOCAÇÃO DE SOFTWARE. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. AUSÊNCIA DE DETALHAMENTO DE OBJETO. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS PARA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E PARA CAPACITAÇÃO DE USUÁRIOS. OBJETO LICITADO EM CONJUNTO COM SERVIÇOS DE ASSESSORIA/AUDITORIA E DESENVOLVIMENTO DE SOFTWARE. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. EXIGÊNCIA IRREGULAR DE AUDITORIA E ASSESSORIA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS PARA EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO.

(...)

6. O edital deve estipular os critérios de impedimento de participação no certame daqueles que se encontrarem em recuperação judicial.

7. Procedência parcial da denúncia e recomendações ao atual gestor. [DENÚNCIA n. 1015596. Rel. CONS. GILBERTO DINIZ. Sessão do dia 15/03/2018. Disponibilizada no DOC do dia 02/04/2018.]

DENÚNCIAS. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA NO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE, INCLUINDO DESENVOLVIMENTO, MODERNIZAÇÃO, AMPLIAÇÃO, EFICIENTIZAÇÃO ENERGÉTICA, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DA REDE. PRELIMINAR.

ILEGITIMIDADE ATIVA. REJEITADA. MÉRITO. NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SOBRE O QUANTITATIVO DE PONTOS DE ILUMINAÇÃO PARA MONITORAMENTO POR SISTEMA DE TELEGESTÃO EM VIAS V1 E V2. REDUNDÂNCIA ENTRE TERMOS UTILIZADOS NO EDITAL. AUSÊNCIA DE EVIDÊNCIAS AO ATENDIMENTO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.079/2004. NÃO ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COM RESTRIÇÃO À TELEGESTÃO SOMENTE EM VIAS V1 E V2. FONTE DAS RECEITAS MUNICIPAIS PARA A CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS. APARENTE DISPARIDADE ENTRE O CUSTO DOS ESTUDOS PRÉVIOS E O VALOR DO RESSARCIMENTO. NÃO ATENDIMENTO À NBR 15129:2012. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSORCIADOS QUANTO AOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CUMULAÇÃO DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ART. 31, DA LEI Nº 8.666/93. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DESCABIDA. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CARTA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE ATESTE A QUALIDADE DA MONTAGEM FINANCEIRA DA PROPOSTA COMERCIAL. IMPROCEDÊNCIA DAS DENÚNCIAS. ARQUIVAMENTO.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

(...)

10. Diante do vulto da contratação e da particularidade do caso concreto, entende-se regular a restrição de participação de empresas em processo de recuperação judicial prevista no edital.

[DENÚNCIA n. 977532. Rel. CONS. Wanderley Ávila. Sessão do dia 27/03/2019. Disponibilizada no DOC do dia 12/08/2019.]

(Grifos Nossos)

Ademais, caso a Denunciada estivesse receosa quanto a uma má execução do serviço, a Lei de Licitações fornece instrumentos para se verificar a capacidade de execução do contrato pelos licitantes. Portanto, há a fase da habilitação em que o órgão ou ente contratante pode verificar se os licitantes possuem habilidades técnicas e econômicas para o cumprimento do objeto contratual.

Portanto, nos documentos de fase interna do certame, não se verificou justificativas para a vedação à participação de empresas em recuperação judicial nas licitações. Assim, há claras infrações aos princípios da impessoalidade, igualdade e do caráter competitivo do certame.

Apesar de não ter havido empresas que tenham sido inabilitadas por estarem em recuperação judicial e comparecerem 7 licitantes – Peça n. 12, fls. 711-712, a competição do certame pode ter sido potencialmente prejudicada, na medida que empresas que estejam nessa condição pode não ter se interessado em participar da licitação por conta da vedação editalícia.

Por fim, conforme os argumentos expostos, esta Unidade Técnica entende que é procedente as alegações do Denunciante, uma vez que inexistente vedação legal à participação de empresas em recuperação judicial em licitações sem justificativa plausível.

2. Da Restrição territorial

O denunciante argumenta que *“outra ilegalidade do certame é a tentativa de se restringir o caráter competitivo do certame, através do impedimento de empresas sediadas em outros municípios de participar através da exigência de distância das empresas a 50km da sede da Prefeitura”*. Acrescenta, ainda, que *“trazendo uma total insegurança jurídica o item 1.1.8 traz o benefício da lei 123/2006 para municípios*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

sediado no **RAIO DE 45KM**” e que “Já o item 1.4 diz que o raio para benefício da lei 123 é de 50 km”.

Por outro lado, à peça n. 15, os Defendentes afirmam que “Diante da denúncia apresentada, das efetivas contradições de distância máxima para participação na licitação e manifestação deste conspícuo Relator quando a expressão ou locução “serviço” na licitação de fornecimento de peças, desde já informa que as correções e adequações de escrita já foram efetuadas para o próximo e futuro edital de fornecimento de peças”.

Por fim, defendem que “importante salientar que a fumaça do bom direito pende para o Município de Estiva (MG), pois, apesar das inconsistências e contradições quanto a quilometragem máxima para os participantes (ME e EPP), não houve qualquer ato irregular quanto a inabilitação, desclassificação ou não credenciamento das licitantes por este motivo”.

Análise

De início, conforme exposto pelo denunciante e pelo relator deste processo, o edital do Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021 impôs restrições territoriais aos licitantes. Todavia, em várias cláusulas do instrumento convocatório, foram definidas diferentes distâncias máximas da sede ou filial dos licitantes em relação à sede da Prefeitura Municipal de Estiva:

1.1.4 – A licitação destina-se a contratação de empresa cuja sede ou filial esteja numa distância máxima, de cinquenta quilômetros (50Km), a ser contado em rodovia federal e/ou estadual, contados da sede da Prefeitura Municipal de Estiva (MG). Tal exigência referente à localização se faz necessária tendo em vista a obtenção da proposta mais vantajosa para este Município, pois, se a distância entre a sede do Município e Contratada for maior que a determinada, a vantagem do “menor preço” ficará prejudicada em razão do aumento do custo e o menor percentual aplicado no desconto. O raio máximo se justifica em observância ao princípio da continuidade do serviço público, somando ao princípio da eficiência, visto que serviços públicos essenciais, como educação e saúde, poderão ter prejuízo, com a demora na entrega das peças, paralisando o veículo, afetando a própria população, cujo é a destinatária final de toda ação pública primária. Ademais, referido limite de distância inclusive foi adotado pelo TCEMG, em sua licitação nº 21/2018, sob a modalidade pregão



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

eletrônico nº 21/2018, permitindo-se a aplicação analógica e subsidiária da ideia apresentada pelo Tribunal, tudo em respeito a eficiência e economicidade administrativa.

(...)

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.

(...)

6.5. Não será permitida a participação de empresas:

(...)

6.5.4.1 . A distancia de 100 km a ser considerada será medida a partir de estradas oficiais pavimentadas.

(...)

1.3 - 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.

1.4 - Considerar-se-á como empresa local aquela sediada no Município de Estiva e como empresa regional aquela sediada num raio de até 50km (cinquenta quilômetros) da Prefeitura Municipal de Estiva.

Analisando as cláusulas supracitadas, verifica-se que há várias inconsistências na redação dos termos do edital. Ao que parece, foram definidas duas restrições territoriais: uma mais genérica e outra para delimitação da preferência por microempresas e empresas de pequeno porte.

Na primeira, a licitação é destinada apenas aos licitantes cuja sede ou filial esteja numa distância máxima, de cinquenta quilômetros (50Km), a ser contado em rodovia federal e/ou estadual, contados da sede da Prefeitura Municipal de Estiva (item 1.1.4). Porém, em contradição, o item 6.5.4.1 proíbe a participação de empresas localizadas a 100 km da sede da prefeitura, medida a partir de estradas oficiais pavimentadas.

A segunda restrição está disposta nos itens 1.1.8 e 1.1.9 do edital e 1.3 e 1.4 do termo de referência. Essas cláusulas tratam da prioridade da contratação de microempresas e empresas de pequeno porte local ou regional com propostas que sejam piores, em até 10% do respectivo preço, à melhor proposta classificada. Assim, ao definir quais são as empresas sediadas local ou regionalmente, as cláusulas foram



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

contraditórias, uma vez que não deixaram claro se são as que ficam localizadas a 45 km ou 50 km de distância da sede da Prefeitura Municipal de Estiva.

Desse modo, a Lei de Licitações definiu, dentre outros, como princípios basilares o julgamento objetivo e a vinculação ao instrumento convocatório:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Em consonância com o princípio do julgamento objetivo, a escolha do licitante vencedor deve ser feita utilizando os critérios e parâmetros definidos no edital de licitação. Para isso, é necessário que as regras do certame sejam definidas de forma clara e coerente. Logo, a fixação de regras contraditórias dá margem à subjetividade na aplicação dos termos editalícios.

Já em relação à vinculação ao instrumento convocatório, as regras do edital correspondem à lei do certame, uma vez que norteiam o curso do processo de licitação. Assim, a existência de cláusulas contraditórias impossibilita ou dificulta a aplicação dos termos do instrumento convocatório ao procedimento licitatório.

Ademais, a Lei Complementar Nacional n. 123/06 previu a possibilidade de instituição, nas licitações, de prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente:

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

- I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
- III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

(...)

§ 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.

Dessa maneira, não há qualquer irregularidade na estipulação de prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, desde justificada e limitada a 10% do melhor preço válido.

No presente caso, verifica-se que a prioridade foi justificada no item 1.5 do termo de referência:

1.5 - A fixação deste benefício acima visa o desenvolvimento da economia local e regional, uma vez que proporcionará a geração de mais emprego e renda. Considerando que muitos munícipes de Estiva possuem trabalhos fora do território Estivense, mas em cidades localizadas dentro do raio determinado pelo sub item anterior, com preferência de contratação de empresas sediadas neste raio, poderá gerar empregos que os habitantes de Estiva possam ocupar.

Portanto, a Administração Pública contratante pode priorizar a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, §3º da Lei de Licitações. Entretanto, no caso concreto, a definição da restrição territorial foi feita de forma incoerente e contraditória, como se pode verificar nos itens 1.1.8 e 1.1.9 do edital e 1.3 e 1.4 do termo de referência. Tal divergência fere os princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

Por outro lado, em regra, o inciso I do §1º do art. 3º da Lei de Licitações determina que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Destarte, salvo justificativa plausível, não se admite a restrição da licitação às empresas locais ou regionais. Tal limitação restringiria o caráter competitivo do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

certame, impossibilitando que a Administração Pública selecione a proposta que seja mais vantajosa.

Nesse sentido, esta Corte de Contas já se manifestou acerca da impossibilidade de restrição territorial do certame:

A exigência de localização prévia diz respeito tão somente ao licitante, que em função dela poderá compor seu preço a maior ou a menor, não podendo a Administração, sem motivo justificado, utiliza-la como condição prévia para participação no certame.

(Representação n. 742.278. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 04/03/2008)

Considerando o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8666/93, é vedado a inclusão no edital de cláusulas que frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

(...)

Por fim, há clara ofensa a princípios básicos da licitação, quais sejam, da competitividade e da busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

(Denúncia n. 871.750. Rel. Conselheiro Cláudio Couto Terrão. Sessão do dia 10/04/2012)

No presente caso, apesar de não ter havido empresas que tenham sido inabilitadas por não atenderem à restrição territorial e terem participado 7 empresas – Peça n. 12, fls. 711/712, a competição do certame pode ter sido potencialmente prejudicada, na medida que empresas que não atendiam essa condição pode não ter se interessado em participar da licitação por conta da vedação editalícia.

Por esses motivos, essa Unidade Técnica entende que são irregulares a restrição territorial da licitação, sem justificativa razoável, e contradições de distância máxima para participação na licitação em afronta ao caput e inciso I do §1º do art. 3º da Lei de Licitações.

III. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que são irregulares, passíveis de aplicação multa aos responsáveis legais, nos termos do art. 83, I, c/c o art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte, a:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE CONTROLE EXTERNO DOS MUNICÍPIOS

3ª COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL

- a) Impedimento de participação de empresas em recuperação judicial no Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021;
- b) Restrição territorial do Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021; e
- c) Divergências na definição das distâncias máximas da sede dos licitantes em relação à sede da Prefeitura Municipal de Estiva.

Assim, em conformidade com o despacho de peça n. 17, os autos devem ser remetidos ao Ministério Público de Contas de Minas Gerais para manifestação preliminar, conforme previsto no § 3º do art. 61 do Regimento Interno.

À consideração superior.

3ª CFM, 24 de fevereiro de 2022.

Diogo Pereira França
Analista de Controle Externo
TC 3277-5