

Processo n.: 1.107.652
Natureza: Denúncia
Órgão: Prefeitura Municipal de Estiva
Exercício: 2021
Denunciante: Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria
Relator: Cons. Wanderley Ávila

I - INTRODUÇÃO

Tratam os presentes autos de denúncia, com pedido de suspensão cautelar, oferecida pela empresa Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria, à Peça 02 do SGAP, diante de supostas irregularidades no Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021, realizado pela Prefeitura Municipal de Estiva, para aquisição de peças, componentes e acessórios para manutenção de veículos leves e pesados da frota municipal, em conformidade com especificações constantes no ANEXO I do edital, em atendimento à solicitação da Secretaria Municipal de Transportes, cuja sessão ocorreu em 17/09/2021.

A denunciante requereu 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 50 Km 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.

Intimados para que encaminhassem cópia das fases interna e externa do certame, incluindo a ata da sessão do pregão e de julgamento, a Srª. Ana Paula Marques Mendonça, Pregoeira e signatária do edital, e o Sr. Douglas Moreira Machado, Diretor Municipal de Transportes, signatário do Termo de Referência, fizeram juntar aos autos os documentos vistos às peças nºs 10 a 15 do SGAP.

Por intermédio da r. Decisão (Peça 17) o Conselheiro Relator indeferiu o pedido de suspensão cautelar do Pregão Presencial n. 051/2021, determinando que, na sequência, os autos fossem encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) e, em seguida, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas (MPC).

Consoante despacho de Peça 23, a Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais solicitou a intimação, por meio eletrônico, da Sr. Ana Paula Marques Mendonça para que enviasse a este Tribunal de Contas cópia integral da fase externa do certame, incluindo 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.

Efetivada a intimação (Peças 24/25), foram apresentados os documentos solicitados (Peças 26 a 34).

Consoante Peça 36, os autos foram encaminhados para a CFEL.

Em seguida, conforme Peça 37, tendo em vista que o contrato do certame já havia sido firmado, os autos foram encaminhados a 3ª CFM para análise.

A 3ª CFM em seu Relatório, à Peça 38, concluiu pela procedência da denúncia relativamente às seguintes irregularidades:

- 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.

Em manifestação preliminar (Peça 40) a I.R.M.P.C. achou por bem aditar a denúncia, indicando como irregular a “vedação à participação de consórcios”, inserida no item 6.5.3 do edital.

Em atendimento ao r. Despacho (Peça 41) os Agentes Públicos, responsáveis pelo certame foram citados, apresentando a defesa de Peça 44.

Por fim, retornam os autos a esta Unidade Técnica para análise do contraditório.

É o relatório, no essencial.

Passa-se à análise da defesa.

II – ANÁLISE DO CONTRADITÓRIO

Na sequência, analisar-se-ão as razões de defesa em cotejo com as irregularidades apontadas no Relatório Técnico Inicial e aditamento da I.R.M.P.C.

a) Impedimento de participação de empresas em recuperação judicial no Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021

Os defendentes sustentam, no essencial, que é “ necessário observar que sob o regime da Lei nº 8.666/1993, a questão suscita polêmica, uma vez que o art. 31, inc. II, da Lei nº 8.666/1993 não foi alterado pela Lei nº 11.101/2005 e continua a exigir como prova para qualificação econômico-financeira nas licitações apenas a apresentação de “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica”.

Afirmam, que “com isso, surgiram posicionamentos diferentes a respeito da exigibilidade da certidão negativa de recuperação judicial”.

Alegam, em acorde com o TCU (Acórdão nº 8.271/2011, 2ª Câmara), que “o que o edital proibiu foi a impossibilidade de participação da empresa que não possua certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93. ”

Frisam que “em nenhum momento o edital proibiu a participação de empresas em recuperação judicial, com plano de recuperação ou com comprovação da aptidão econômica necessária para firmar contrato. ”

Ancorados na manifestação da AGU no Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU – Processo nº 00407.000226/2015-22, aduzem

que “para participar da licitação/celebrar contrato com a Administração, será necessário demonstrar tanto que a empresa está autorizada a efetuar negócios com terceiros (mediante ato do administrador da recuperação judicial, já deferida) quanto que demonstre ter a saúde financeira mínima indispensável para tanto. ”

Por fim, pontuam ser “necessário que este egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, adote o princípio da coerência processual, seguindo a mesma linha de fundamentação de outros arestos, como é o caso do processo 1047863 (denúncia), de relatoria do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, deliberado em 19 de maio de 2022, argumento que no que tange à vedação da participação de licitantes em recuperação judicial, a relatoria salientou que, nos editais de licitação, não pode haver tal vedação, podendo ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital, em consonância com o entendimento assente neste Tribunal, a exemplo das Denúncias nº 1092379; 1104850; 1007411. Ponderou, todavia, que, in casu, tal irregularidade não comprometeu a competitividade nem o interesse público, posto que várias empresas participaram e nenhuma foi inabilitada por estar em recuperação judicial, razão pela qual deixou de sancionar os responsáveis. ” (sic)

Análise:

Como se verá, as razões defendidas s.m.j., são insuficientes para ilidir a irregularidade.

Conforme apontado inicialmente “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".

Eis o dispositivo:

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. [\(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#); [\(Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010\)](#)

Revisitando o edital do Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021, páginas 73 a 85 da Peça 13 do SGAP, com efeito verifica-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;

[...]

Portanto, não procede a alegação da defesa no sentido de que o edital não proibiu a participação de empresas em recuperação judicial.

Compulsando os documentos da fase interna, sobretudo o Termo de Referência (páginas 30 a 48 da Peça 12) não se verificou justificativas para a vedação à participação de empresas em recuperação judicial nas licitações. Acarretando, dessa forma, evidentes infrações aos princípios da impessoalidade, igualdade e do caráter competitivo do certame.

Com relação ao argumento no sentido de que deveria ser adotado o “princípio da coerência processual”, seguindo a mesma linha de fundamentação de outros arestos, como é o caso do Processo 1.047.863 (Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS), *data venia*, naquela oportunidade foi decidido exatamente isso, ou seja, é proibida a vedação de participação de empresas em recuperação judicial, como se vê no item 2 da respectiva Ementa:

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES/COMERCIAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROCURADOR JURÍDICO. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL. PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NA LEI DE

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. DISCRICIONARIEDADE. CASO CONCRETO. ARQUIVAMENTO.

[...]

2. Empresas em recuperação judicial não podem ser impedidas de participar de procedimento licitatório, sob pena de impor restrição ao caráter de competitividade do certame, além de contrariar os ditames da Lei n. 11.101/05.

[...]

Registre-se que no tópico III do Acórdão daquele processo restou consignado que os respectivos responsáveis não foram apenados porque a irregularidade não comprometeu a competitividade do certame, como segue:

“III) deixar de aplicar multa aos responsáveis, considerando que a irregularidade contida no item 4.2.2 do edital não comprometeu a competitividade nem o interesse público, uma vez que, das várias empresas que participaram do certame, nenhuma foi inabilitada por estar em recuperação judicial ou por não ter apresentado certidão de quitação de tributos fiscais e, ainda, por não comprovar a capacidade técnica em quantitativo mínimo superior ao previsto na Lei de Licitações; ”

No presente caso, verifica-se na Ata de Sessão do Pregão (páginas 205/206 da Peça 12) que participaram 07 (sete) empresas não sendo registrado nenhuma empresa inabilitada em função do requisito em comento. Consta, ainda, que todas elas saíram vencedores em determinados itens.

Entretanto, em acorde com o apontamento técnico exordial, “a competição do certame pode ter sido potencialmente prejudicada, na medida que empresas que estejam nessa condição podem não ter se interessado em participar da licitação por conta da vedação editalícia. ” S.M.J., Isso não restou ilidido pelos argumentos defendidos.

Por todo o exposto, conclui-se, s.m.j., deve permanecer o apontamento exordial, no sentido de ser procedente as alegações da Denunciante, uma vez que inexistente vedação legal à participação de empresas em recuperação judicial em licitações sem justificativa plausível, restando infringido o inciso I, § 1º, art. 3º da LGL.

b) Restrição territorial do Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021 - Divergências na definição das distâncias máximas da sede dos licitantes em relação à sede da Prefeitura Municipal de Estiva

Os defendentes argumentam, à peça 43, no essencial, que “na licitação de aquisição de peças, mostra-se possível a referida limitação geográfica, visto que a licitação visa respaldar serviços atrelados a própria ideia de Estado, ou seja, a execução de políticas públicas essenciais, tais como saúde, educação, Conselho Tutelar, as quais não podem esperar um lapso de tempo maior, ainda que seja de dois ou três dias, visto que os veículos das Secretarias de Saúde, Educação e o Conselho Tutelar não podem ficar parados, merecendo maior atenção, com manutenção corretiva imediata, com risco de comprometimento das políticas públicas governamentais, risco

à saúde, risco à vida do usuário; além de outras voltadas as necessidades do Município, como manutenção de estradas rurais, dentre outras ações municipais, que atrapalham o próprio fluxo do serviço.” (sic)

Que “considerando as especificidades das atividades prestadas pela Instituição, entendo que há elementos que dão azo à razoabilidade da exigência de distância máxima do fornecedor no caso em tela.” (sic)

Frisam que “há que se reconhecer que o art. 3º da Lei nº 8.666/93 e o art. 5º da Constituição da República devem ser interpretados de forma sistêmica, orientando a sua aplicação pelas finalidades públicas perseguidas, notadamente a vantajosidade e a eficiência, sem perder de vista a razoabilidade.” (sic)

Destacam jurisprudências desta c. Casa no sentido de ser facultada à Administração Pública a delimitação territorial dos licitantes, desde que justificada.

Por fim, salientam que não houve desclassificação de licitantes em função das cláusulas do edital.

Análise:

Como se verá, as razões defendidas s.m.j., também não são suficientes para aniquilar a irregularidade denunciada.

Observa-se que os defendentes não justificaram as inconsistências das distâncias mencionadas no edital (itens 1.1.4, 1.1.8, 1.1.9, 6.5.4.1, 1.3 e 1.4), conforme muito bem exposto no Exame Técnico Exordial:

“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 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. “

Revisitando os autos do procedimento licitatório em apreço, verifica-se no tópico 6 – Das Condições de Execução do Objeto do Termo de Referência (pág. 36 da Peça 13 do SGAP) o item 6.4 como segue:

6.4 Todos os objetos deverão ser entregues por empresas localizadas a uma distância¹ não superior a 45 (quarenta e cinco) quilômetros da sede do município, com acesso por vias oficiais pavimentadas².

Por sua vez, no rodapé foram inseridas as seguintes justificativas:

¹ **Justificativa da Distância:** A exigência de distância máxima a que se refere o item 7.4 deste termo de referência se dá em homenagem aos princípios da economicidade e eficiência, uma vez que se o objeto licitado for fornecido por uma empresa localizada em uma distância superior ao estipulado, gera um atraso nas entregas dos objetos, acarretando sérios transtornos ao Município.

² **Vias oficiais pavimentadas:** entende-se por vias oficiais pavimentadas, as rodovias, estradas ou ruas que receberam pavimentação asfáltica ou com bloquetes.

Primeiramente constata-se um erro material na referência “1” ao mencionar o item 7.4 quando o correto seria 6.4.

Não obstante, muito embora seja plausível a justificativa sobre a distância de 45 km da sede do Município, percebe-se que tal inserção no Termo de Referência, além de não justificar as inconsistências de distâncias presentes no edital, contribuiu ainda mais para a confusão acerca das distâncias aceitáveis dos proponentes ao certame licitatório em relação a sede do Município.

Dessa forma, s.m.j., conforme apontado inicialmente, restou prejudicada a obediência ao Princípio Licitatório do Julgamento Objetivo c/c Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (Art. 3º, *caput*, Lei 8.666/93)¹.

Por todo o exposto, s.m.j., devem prevalecer as irregularidades *sub examine*, porque a restrição territorial da licitação, sem justificativa razoável e

¹ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

com contradições de distância máxima para participação na licitação em afronta ao *caput* e inciso I do §1º do art. 3º da Lei de Licitações.

C) vedação à participação de consórcios

Acerca do apontamento do Ministério Público de Contas, os defendentes aduzem, em apertada síntese, que, o franqueamento à participação de empresas em consórcio somente seria obrigatória nas licitações em que a vultuosidade, a heterogeneidade e a inviabilidade de parcelamento material do objeto licitado tornem o universo de possíveis licitantes demasiadamente restrito.

Sustentam, em acorde com a doutrina, que “sempre que o objeto licitado for marcadamente vultuoso ou de composição complexa e inomogênea, o ente licitante deverá obrigatoriamente admitir a participação de coligações empresariais no certame. Em outras palavras, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro e o seu conjunto de princípios informadores impõem a admissão de consórcios em grandes ou heteróclitas licitações – sob pena de restar asfixiado o princípio da competitividade e, em algumas circunstâncias, a própria licitação acabar convertida em procedimento inidôneo e ineficaz.” (sic)

Nesse sentido, destacam julgados do c. TCU, Acórdão 2.831, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, bem como deste c. TCEMG, Denúncia 1114697, Relator Conselheiro Substituto Telmo Passareli, Segunda Câmara, Sessão de 23/06/2022, Denúncia, 1007661, Relator Conselheiro Gilberto Diniz, Segunda Câmara, Sessão de 14/12/2017.

Análise:

Assiste razão aos defendentes, s.m.j.

No aditamento (Peça 40 do SGAP) a I.R.M.P.C., em síntese, entendeu que a ausência de justificativa para vedação à participação de consórcios configura irregularidade.

Pois bem.

Pelas próprias decisões deste eg. TCEMG colacionadas pelos defendentes, mormente o recente julgado da Denúncia 1.114.697², 23/06/2022, extrai-se que se considera razoável a vedação de consórcios com o propósito de ampliar o número de potenciais interessados no certame quando o objeto licitado não envolver serviços complexos que exijam atuação de empresas com especialidades distintas.

In casu, o Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021, foi realizado para aquisição de peças, componentes e acessórios para manutenção de veículos leves e pesados da frota municipal, cotados por percentuais de desconto em relação ao Catálogo de Aplicação de Peças constante do Anexo I do edital (páginas 86 a 89 – Peça 13 do SGAP).

² DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. VEDAÇÃO JUSTIFICADA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Devidamente explicitada nos autos do procedimento licitatório a justificativa para a vedação da participação de empresas em consórcio, resta atendida a necessidade formal para a adoção da medida. **Considera-se razoável a vedação de consórcios com o propósito de ampliar o número de potenciais interessados no certame quando o objeto licitado não envolver serviços complexos que exijam atuação de empresas com especialidades distintas.** 2. A exigência de comprovação de qualificação técnica operacional é necessária para garantir a segurança da contratação, uma vez que tem a finalidade de demonstrar que o licitante possui condições de atender à demanda dos serviços licitados, dispõe dos equipamentos específicos e pessoal qualificado. [DENÚNCIA n. 1114697. Rel. CONS. SUBST. TELMO PASSARELI. Sessão do dia 23/06/2022. Disponibilizada no DOC do dia 01/07/2022.]

Muito embora não tenha constado dos autos do procedimento licitatório (Peças 12 e 13 do SGAP) a relação de veículos/máquinas do Município, pelo relatório extraído do SICON/CONSULTA³, ora anexado, s.m.j., pode-se observar que o tamanho da frota do Município não implica em condição *sine qua non* para que o certame fosse franqueado obrigatoriamente para os participantes consorciados, consoante entendido na jurisprudência relacionada pelos defendentes.

Ademais, conforme alhures mencionado, verifica-se na Ata de Sessão do Pregão (páginas 205/206 da Peça 12) que participaram e lograram exitosas 07 (sete) empresas, demonstrando, s.m.j., que não houve prejuízos à competitividade ao certame pela vedação à participação de eventuais consorciadas.

Por todo o exposto, conclui-se, s.m.j., que as justificativas dos defendentes são suficientes para ensejar a improcedência do fato representado pela I.R.M.P.C.

III – CONCLUSÃO

Examinadas as razões de defesa, conclui-se, s.m.j. que:

- 1 - Permanecem procedentes as seguintes irregulares abordadas no Relatório Técnico Inicial:

3

<https://sicomconsulta.tce.mg.gov.br/#/private/administracao/relatorio/categoria/3/subcategoria/3?seqMunicipio=3124500&exercicio=2021&grupo=177&assunto=8>

- a) Impedimento de participação de empresas em recuperação judicial no Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021, restando infringido o inciso I, § 1º, art. 3º da LGL;
 - b) Restrição territorial do Pregão Presencial n. 051/2021, Registro de Preços n. 43/2021 - Divergências na definição das distâncias máximas do local dos licitantes em relação à sede da Prefeitura Municipal de Estiva, em afronta ao *caput* e inciso I do § 1º do art. 3º da LGL.
- 2 – Se mostra improcedente o aditamento da I.R.M.P.C. referente à vedação à participação de consórcios.

À consideração superior.

DCEM/1ª CFM, 27/09/2022.

Rogério César Costa Álvares
Analista de Controle Externo
TC 1210-3

(Trabalho realizado em regime de Home Office – Resolução 16/2018)