

ANÁLISE INICIAL

PROCESSO Nº: 1141296

NATUREZA: Denúncia

RELATOR: Conselheiro Wanderley Ávila

DATA DE AUTUAÇÃO: 30/01/2023

DADOS DA LICITAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº: 0031834

PREGÃO PRESENCIAL Nº: 004/2023

ENTIDADE LICITANTE: Prefeitura Municipal de Fronteira

OBJETO: Aquisição de um caminhão novo, equipado com tanque pipa, a ser utilizado no desenvolvimento das ações diárias da Secretaria Municipal de Serviços Urbanos e Transportes do Município, conforme contrato de financiamento nº. BDMG/BF nº. 348.552/22, firmado entre o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S/A – BDMG e o Município de Nova Fronteira.

MODALIDADE: Pregão Presencial

TIPO: Menor preço

DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/01/2023¹

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Denúncia formulada por Belabru Comércio e Representações Ltda., com pedido liminar, em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório nº. 0031834 – Pregão Presencial nº. 004/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Fronteira, que tem por objeto a aquisição de um caminhão novo, equipado com tanque pipa, a ser utilizado no desenvolvimento das ações diárias da Secretaria Municipal de Serviços Urbanos e Transportes do Município, conforme contrato de financiamento nº. BDMG/BF nº. 348.552/22, firmado entre o Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S/A – BDMG e o Município de Nova Fronteira, com valor estimado em R\$ 860.000,00

¹ <https://fronteira.mg.gov.br/licitacaoView/?id=1054>

(oitocentos e sessenta mil reais), conforme previsto no item 6 do Anexo I – Termo de Referência.

A Denunciante aponta, em síntese, a existência das seguintes irregularidades:

1. Da participação restrita a fabricantes e concessionárias autorizadas;
2. Da exigência de "carta de solidariedade" ou declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos.

Após o autuação, recebimento e distribuição da Denúncia, o Conselheiro Relator Wanderley Ávila proferiu decisão monocrática (peça nº. 9, SGAP), oportunidade em que não identificou prejuízos ao certame, em relação à ampla participação de licitantes e tampouco ofensa aos princípios licitatórios. Por esse motivo, indeferiu a medida liminar, por não verificar elementos que justificassem a suspensão do certame.

Em seguida, vieram os autos a esta Coordenadoria, para análise inicial.

2. ANÁLISE DOS FATOS DENUNCIADOS

2.1 Apontamento:

Da participação restrita a fabricantes e concessionárias autorizadas

2.1.1 Alegações do Denunciante:

A Denunciante alega, em síntese, que o instrumento convocatório é restritivo por estabelecer que somente fabricantes e concessionárias que estejam autorizados a vender veículos automotores zero quilômetro poderão participar do certame, pois considera que a Lei nº. 6.729/1979, conhecida como Lei Ferrari, é incompatível com a Lei nº. 8.666/1993, além de conter dispositivos que também não se coadunam com a Constituição Federal.

Afirma que a restrição à participação de empresas e concessionárias autorizadas tem sido considerada irregular pelo Tribunal de Contas da União, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

Cita, por fim, dispositivos da Lei nº. 13.874/2019 – Lei de Liberdade Econômica que, no seu entendimento, “rechaça todo e qualquer óbice ao desenvolvimento de qualquer

atividade econômica, corroborando garantias já previstas no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte”.

2.1.2 Documentos e informações apresentados:

Edital Pregão Presencial nº. 004/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

2.1.3 Análise do apontamento:

Cinge-se a questão a elucidar em qual momento o veículo perde a sua condição de novo (zero quilômetro). Caso se entenda que essa condição se perde com o emplacamento, a Administração Pública poderá adquirir o veículo novo apenas do fabricante ou da concessionária. Por outro lado, caso se entenda que a condição de novo se perde somente como efetivo uso, a Administração Pública poderá adquirir o veículo não só do fabricante e da concessionária, mas também de empresas intermediárias que atuam na revenda de veículos.

A Prefeitura Municipal de Fronteira se filiou à primeira corrente, ao exigir que a empresa licitante comprove a sua condição de fabricante ou de concessionária autorizada, conforme consta no subitem 12.5.2 do Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, a conferir:

12.5.2 Comprovação da condição de concessionária autorizada pelo fabricante, ou fabricante, que irá fornecer o veículo ao Município, de acordo com a Lei Federal nº 6.729/79 – LEI FERRARI.

Acerca da controvérsia, cumpre trazer a lume algumas disposições contidas na Lei nº. 6.729/1979, conhecida como Lei Ferrari, que dispõe sobre a concessão comercial entre produtores (fabricantes) e distribuidores (concessionárias) de veículos automotores de via terrestre:

Art.2º Consideram-se:

I - Produtor, a empresa industrial que realiza a fabricação ou montagem de veículos automotores;

II - Distribuidor, a empresa comercial pertencente à respectiva categoria econômica, que realiza a comercialização de veículos automotores, implementos e componentes novos, presta assistência técnica a esses produtos e exerce outras funções pertinentes à atividade;

[...]

§ 1º Para os fins desta lei:

a) intitula-se também o produtor de concedente e o distribuidor de concessionário;

Art. 12. O concessionário só poderá realizar a venda de veículos automotores novos diretamente a consumidor, vedada a comercialização para fins de revenda.

Art. 15. A concedente poderá efetuar vendas diretas de veículos automotores.

I - Independentemente da atuação ou pedido de concessionário:

a) à Administração Pública, direta ou indireta, ou ao Corpo Diplomático;

b) a outros compradores especiais, nos limites que forem previamente ajustados com sua rede de distribuição;

II - Através da rede de distribuição:

a) às pessoas indicadas no inciso I, alínea a), incumbindo o encaminhamento do pedido a concessionário que tenha esta atribuição;

b) a frotistas de veículos automotores, expressamente caracterizados, cabendo unicamente aos concessionários objetivar vendas desta natureza;

c) a outros compradores especiais, facultada a qualquer concessionário a apresentação do pedido.

Vale destacar também o teor da Deliberação nº. 64 de 2008, do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, que, embora tenha disciplinado “as inscrições de pesos e capacidades em veículos de tração de carga e transporte coletivo de passageiros”, traz no subitem 2.12 de seu Anexo o conceito de “carro novo”, que pode ser interpretado em cotejo com a disciplina de concessão comercial prevista na Lei nº. 6.279/1979:

2. DEFINIÇÕES

Para efeito dessa Deliberação define-se:

[...]

2.12. VEÍCULO NOVO - veículo de tração, de carga e transporte coletivo de passageiros, reboque e semi-reboque, **antes do seu registro e licenciamento.** (G.N.)

Das definições acima, extrai-se a interpretação de que, para se considerar um veículo novo (zero quilômetro), não basta apenas um exame físico sobre as condições em que o bem se encontra. É necessário, sobretudo, o fato de não ter havido o prévio registro, licenciamento e consequente emplacamento, sendo que a comercialização de um veículo nestas condições, a teor da Lei nº. 6.279/1979, só pode ser feita pela concessionária autorizada ou pelo próprio fabricante.

Portanto, ao contrário do que alega a Denunciante, a exigência contida no instrumento convocatório, que restringe a participação às concessionárias ou fabricantes, não se

afigura irregular, uma vez que esta condição é intrínseca ao próprio conceito de “veículo novo”.

Por outro lado, a empresa que não seja concessionária autorizada ou fabricante de veículos automotores se caracteriza como revendedora e, por este motivo, adquire os veículos que comercializa como consumidora final. Caso fosse permitida a participação de uma empresa nestas condições, e esta viesse a se sagrar vencedora do certame, para o cumprimento do contrato seria necessária a transferência do veículo de um consumidor final (revendedora) para outro consumidor final (entidade licitante), mediante um segundo emplacamento, o que, a rigor, acabaria por desvirtuar a definição legal de “veículo novo”.

Existem diversos julgados nesta Corte de Contas que encampam o mesmo entendimento. Senão vejamos:

DENÚNCIA. PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO. EXIGÊNCIA DE PRIMEIRO EMPLACAMENTO NO MUNICÍPIO LICITANTE. IMPROCEDÊNCIA. Em interpretação haurida dos termos utilizados na Deliberação nº 64 do CONTRAN e da disciplina de concessão comercial prevista na Lei nº 6.729, de 1979, é possível dizer que veículo novo é aquele comercializado por concessionária e fabricante, que ainda não tenha sido registrado ou licenciado. (Denúncia nº. 1015299, Cons. Gilberto Diniz, 2ª Câmara. Data da publicação: 28/03/2018)

DENÚNCIA. PROCESSO LICITATÓRIO. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO. EXIGÊNCIA DE PRIMEIRO EMPLACAMENTO NO MUNICÍPIO LICITANTE. IMPROCEDÊNCIA. Em interpretação haurida dos termos utilizados na Deliberação nº 64 do CONTRAN e da disciplina de concessão comercial prevista na Lei nº 6.729, de 1979, é possível dizer que veículo novo é aquele comercializado por concessionária e fabricante, que ainda não tenha sido registrado ou licenciado. (Denúncia nº. 1040657, Cons. Gilberto Diniz, 2ª Câmara. Data da publicação: 05/06/2018)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. VEÍCULO NOVO. DELIBERAÇÃO CONTRAN Nº 64/2008. REVENDEDORA DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONCESSIONÁRIA. FABRICANTE. DISTRIBUIDORA. GARANTIA DESCLASSIFICAÇÃO. COMPETITIVIDADE. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA. [...] 5. A determinação de que apenas concessionárias e distribuidoras possam participar do certame não implica em restrição da competitividade, pois ainda subsiste oportunidade para que diversas empresas do ramo possam dar seus lances. (Denúncia nº. 1047854, Cons. Wanderley Ávila, 2ª Câmara. Data da publicação: 31/07/2019)

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE UM VEÍCULO CAMINHONETE 4X4, ZERO QUILOMETRO. EXIGÊNCIA DE QUE O OBJETO DO CERTAME SEJA FORNECIDO APENAS POR LICITANTES ENQUADRADAS COMO

CONCESSIONÁRIAS, MONTADORAS OU FABRICANTES. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. Depreende-se dos termos utilizados na Deliberação nº 64 do CONTRAN e da disciplina de concessão comercial prevista na Lei nº 6.729/79, que veículo novo é aquele comercializado por concessionária ou fabricante, que ainda não tenha sido registrado ou licenciado. Por esse motivo, a Administração, ao permitir somente a participação de licitantes que se enquadram no conceito de concessionárias ou fabricantes, não busca cercear a competitividade, mas sim delinear devidamente o objeto, garantindo o cumprimento da obrigação pretendida. (Denúncia nº. 1015827, Cons. Cláudio Couto Terrão, 2ª Câmara. Data da publicação: 21/07/2020)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO TIPO AMBULÂNCIA. DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE VEÍCULO NOVO E ZERO QUILOMETRO. REGISTRO E LICENCIAMENTO. DELIMITAÇÃO DOS REQUISITOS DE PARTICIPAÇÃO. EMPRESAS REVENDEDORAS. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO. DENÚNCIA ANTERIOR EM FACE DO MESMO MUNICÍPIO. CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA. RECOLHIMENTO TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA DO FISCO. COMUNICAÇÃO DE RECALL. CIÊNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO. 1. Nos termos da Deliberação CONTRAN n. 64/2008, veículos novos são aqueles ainda não registrados e licenciados, os quais somente poderão ser comercializados diretamente ao consumidor final pelos fabricantes/montadoras ou concessionários, conforme disciplina da Lei n. 6.729/1979. (Denúncia nº. 1119955, Cons. Wanderley Ávila, 2ª Câmara. Data da publicação: 29/04/2022)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO, ZERO QUILOMETRO, DESTINADO À SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE. CONDIÇÃO DE VEÍCULO NOVO. AQUISIÇÃO DO FABRICANTE, DA CONCESSIONÁRIA OU DE EMPRESAS INTERMEDIÁRIAS. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CLARAS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. 1. A legislação é clara ao definir o conceito de veículo novo e qual tipo de empresa pode comercializá-lo, consoante se extrai do disposto na Lei n. 6.729/79 e na Deliberação n. 64 do CONTRAN, em que se constata que veículo novo é aquele comercializado por concessionária ou fabricante, que ainda não tenha sido registrado ou licenciado. Desse modo, a previsão, em instrumento convocatório, de restrição da participação aos licitantes que se enquadram ao conceito de concessionárias ou fabricantes, não compromete a competitividade do certame, uma vez que somente a empresa fabricante ou concessionária do veículo pode fornecer o objeto licitado, nos termos legais. (Denúncia nº. 1114403, Cons. José Alves Viana, 2ª Câmara. Data da publicação: 03/03/2022)

Por fim, ressalta-se que o entendimento acima não impede que a Administração Pública venha a adquirir veículos diretamente das revendedoras. Trata-se de escolha discricionária do gestor público que, avaliando as circunstâncias do caso concreto, poderá optar por adquirir veículos novos apenas de concessionárias autorizadas/fabricantes, como é o caso da presente licitação, ou admitir também a participação de empresas revendedoras, de modo a ampliar ainda mais a concorrência. Em um ou outro caso, deverá

haver previsão expressa no instrumento convocatório, conforme preconizam as recentes decisões desta Corte:

DENÚNCIA. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS ZERO QUILOMETRO. PROPOSTA DE EMPRESA REVENDEDORA. VEÍCULO NOVO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO EDITAL. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO. 1. Compete ao órgão licitante escolher, motivadamente, o tipo de veículo novo que pretende adquirir, permitindo ou não, a seu juízo, a participação de revendedores na licitação. Não há de prosperar, portanto, a presunção de que a venda de veículo por empresa não concessionária ao consumidor final descaracteriza o conceito jurídico de veículo novo. (Denúncia nº. 1082497, Cons. Subst. Telmo Passareli, 2ª Câmara. Data da publicação: 10/03/2022)

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO DE VEÍCULOS ZERO QUILOMETRO. FORNECIMENTO APENAS POR CONCESSIONÁRIAS AUTORIZADAS OU FABRICANTES. EXIGÊNCIA DE CARTA DE SOLIDARIEDADE. IMPROCEDÊNCIA. [...] 2. Compete ao gestor público observar as potencialidades do mercado e as necessidades do ente que ele representa, avaliando as circunstâncias do caso concreto e, conforme seja viável ou não a aquisição de veículos já previamente licenciados, optar pela maior ou menor amplitude da concorrência. Em outras palavras, é discricionariedade da Administração Pública a escolha pela aquisição de veículos novos apenas da montadora/fabricante ou da concessionária, devendo restar tal opção claramente estabelecida no edital. (Denúncia nº. 1119749, Cons. Cláudio Couto Terrão, 2ª Câmara. Data da publicação: 02/06/2022)

Esse também foi o entendimento do Relator, ao indeferir o pedido liminar da Denunciante:

Em consonância com a jurisprudência desta Corte e especialmente com as decisões por mim proferidas no bojo das Denúncias nº 1.095.462, 1.109.955 e 1.114.459, compreendo que os requisitos contidos no instrumento convocatório em análise, não impõem restrição à competitividade do certame, guardando amparo na esfera discricionária da Administração, sendo possível que o órgão licitante determine, precisamente, as características agregadas ao bem que será adquirido. Não verifico, ademais, afronta ao art. 27 e seguintes da Lei Geral de Licitações, igualmente quanto ao art. 3º, §1º, I, do mesmo diploma legal, como alegado pela denunciante.

Diante de todo o exposto, considerando que o objeto do certame em análise tem como objeto a aquisição de veículo novo, o qual somente pode ser comercializado por concessionária autorizada ou diretamente pela fabricante ou montadora; considerando, ainda, que cabe à própria Administração Pública, mediante juízo de conveniência e oportunidade, optar por restringir a licitação somente às empresas que se enquadram nessas condições ou admitir, também, a participação de empresas revendedoras, esta Unidade Técnica faz coro com o entendimento do Relator e entende que não existem

irregularidades no Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, no que tange à exigência prevista no subitem 12.5.2.

Pugna-se, portanto, pela improcedência do presente apontamento.

2.1.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento: Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023.

2.1.5 Conclusão: Pela improcedência.

2.1.6 Critérios:

- Lei Federal nº. 9.729/1979, art. 2º, inciso I e II; art. 15, inciso I e II;
- Deliberação CONTRAN nº. 64, de 2008;
- Denúncia nº. 1015299, 2ª Câmara. Data da publicação: 28/03/2018;
- Denúncia nº. 1040657, 2ª Câmara. Data da publicação: 05/06/2018;
- Denúncia nº. 1047854, 2ª Câmara. Data da publicação: 31/07/2019;
- Denúncia nº. 1015827, 2ª Câmara. Data da publicação: 21/07/2020;
- Denúncia nº. 1119955, 2ª Câmara. Data da publicação: 29/04/2022;
- Denúncia nº. 1114403, 2ª Câmara. Data da publicação: 03/03/2022;
- Denúncia nº. 1082497, 2ª Câmara. Data da publicação: 10/03/2022;
- Denúncia nº. 1119749, 2ª Câmara. Data da publicação: 02/06/2022.

2.2 Apontamento:

Da exigência de “carta de solidariedade” ou declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos.

2.2.1 Alegações do Denunciante:

Em suma, a Denunciante alega que a exigência de "carta de solidariedade" ou declaração do fabricante atestando que a licitante está autorizada a comercializar seus produtos viola o princípio da isonomia entre os licitantes e extrapola as exigências contidas nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, art. 40 do Decreto nº 10.024/2019, bem como o Acórdão nº 224/20 do Plenário do TCU.

2.2.2 Documentos e informações apresentados:

Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023 e seus anexos (peça nº. 2, SGAP).

2.2.3 Análise do apontamento:

Em sua decisão monocrática, o Relator fez a seguinte observação quanto à suposta exigência de carta de solidariedade ou documento equivalente:

Quanto à alegada exigência da mencionada “carta de solidariedade”, ou declaração equivalente, não a localizei no Edital, levando-me a crer que a denunciante pode ter cometido algum equívoco, ficando prejudicada a análise.

Compulsando o edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, nota-se que, de fato, não há exigência de carta de solidariedade ou declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos.

Registre-se que a peça elaborada pela Belabru Comércio e Representações Ltda. é praticamente idêntica às apresentadas em outras Denúncias² autuadas neste Tribunal e em que também se constatou a ausência das disposições editalícias denunciadas, relativas à exigência de carta de solidariedade, o que demonstra que a ora Denunciante falta com a verdade dos fatos.

No caso dos autos em exame, de forma indevida e ao arrepio da jurisprudência desta Corte de Contas, a Denunciante questiona itens do edital que estão em conformidade com o seu pleito, o que configura conduta desarrazoada, procedendo, assim, de modo temerário no presente feito, provocado, portanto, de maneira infundada.

Assim, os órgãos de controle devem exigir da parte o dever de expor os fatos conforme a verdade; proceder com lealdade e boa-fé; e não formular pretensões cientes de que são destituídas de fundamento.

Com efeito, no caso da presente Denúncia, constata-se que o edital não exige apresentação de carta de solidariedade ou declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos por parte das licitantes, o que vai ao encontro do pleito da Denunciante, demonstrando, por conseguinte, falta de interesse de agir, que é uma condição para o exercício da ação.

² Denúncias nºs 1.107.650, 1.110.073, 1.110.028, 1.110.101, 1.12.530, 1.114.403, 1.114.414, 1.114.461, 1.114.469, 1.114.459, 1.114.516, 1.114.464, 1.114.356, 1.114.716, 1.114.711, 1.114.726, 1.114.738, 1.119.749, 1.119.871, 1.114.716, 1.112.069 e 1.127.112.

Isso posto, entende esta Unidade Técnica que a denúncia é improcedente.

2.2.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento: Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023.

2.2.5 Conclusão: Pela improcedência.

3. APONTAMENTOS COMPLEMENTARES DA UNIDADE TÉCNICA

3.1 Apontamento:

Da exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações

3.1.1 Análise:

Estabelece o item 4.5 do Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023:

4.5. Impugnações aos termos do Edital poderão ser interpostas por qualquer pessoa, **protocolizadas no Setor de Licitações da Prefeitura Municipal de Fronteira/MG**, Av. Minas Gerais nº 110, Centro, Fronteira/MG, CEP 38.230-000 Setor de Licitações, a partir da publicação do aviso do edital até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura das propostas, e deverão ser dirigidas à Pregoeira, que deverá decidir sobre a petição no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (G.N.)

4.5.1. A Prefeitura Municipal de Fronteira não se responsabilizará por impugnações endereçadas via postal ou por outras formas, entregues em locais diversos do mencionado no item acima, e que, por isso, não sejam protocolizadas no prazo legal.

Nota-se que a única maneira conferida aos interessados para apresentar eventuais impugnações é por encaminhamento de petição escrita, a ser protocolada no setor de licitações da Prefeitura Municipal de Fronteira.

Entretanto, esta Unidade Técnica entende que devem ser disponibilizados aos licitantes, bem como a terceiros interessados, outros meios usuais para solicitação de esclarecimentos, impugnações e interposição de recursos, tais como correio, fac-símile ou e-mail, desde que recebidos nos prazos assinalados em lei, e, em seguida, protocolizados pela Administração, para que se registre a data e horário do recebimento.

É importante ressaltar que o §1º do artigo 41, da Lei nº. 8.666/1993 não impõe que o protocolo seja efetuado diretamente na sede do Órgão Licitante, inexistindo óbice legal na utilização de outros meios admitidos, sobretudo por meios eletrônicos, em sintonia com a modernização imposta pela sociedade.

Nesse diapasão, o Tribunal de Contas da União, em acórdão nº. 3192/2016, de relatoria do Ministro Marcos Bemquerer, em sessão realizada no dia 07/12/2016, decidiu que a não aceitação de pedidos de esclarecimento por meios eletrônicos constitui limitações à competitividade da licitação. Vejamos:

[...]

55. A fixação do prazo final de dez dias antes da abertura do certame para interposição de pedidos de esclarecimento pelos licitantes aliado à exigência de que essas solicitações sejam interpostas na sede da prefeitura (subitem 3.2 do edital), sob pena de não serem acolhidas, além de não terem previsão legal também limitam o caráter competitivo da licitação

56. Num mundo digital em que vivemos a não aceitação de pedidos de esclarecimento por e-mail, fac-símile ou qualquer outro meio eletrônico de processamento de dados causa não só estranheza como também causa limitação à competitividade, uma vez que o município de Jurema/PI é um município de pequeno porte com cerca de 4.000 habitantes, localizado no sul do estado a cerca de 600kmde Teresina/PI, capital, contrariando o inciso I do §1º do art. Da Lei 8.666/1993.

[...]

Esta Corte de Contas, inclusive, vem consolidando o entendimento semelhante quanto à irregularidade de cláusulas que imponham limitações às possibilidades de impugnação do edital, conforme se observa na decisão abaixo, proferida nos autos da Denúncia nº. 1054181, de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, publicada em 26/06/2019:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PROCESSO LICITATÓRIO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CLÁUSULA RESTRITIVA. IMPUGNAÇÃO E RECURSOS. RECOMENDAÇÃO. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. A limitação das possibilidades para impugnação no edital restringe o direito dos licitantes ao contraditório e ampla defesa previsto no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal.

[...]

É incongruente não permitir que os licitantes utilizem correio, fax ou correio eletrônico para recebimento das impugnações ou recursos. Destaca-se que o e-mail e outras formas de comunicação atuais já estão sendo utilizadas na Justiça como provas dentro dos processos, principalmente em casos trabalhistas e de consumidor.

[...]

Entende-se, portanto, que deve ser recomendado à Administração que nos próximos editais não estipule que as impugnações e recursos devam ser protocolados na Prefeitura, devendo ser possibilitado também o recebimento por meios usuais, quais sejam, “pessoalmente, mas também por correio, fac-símile ou e-mail, desde que recebidos no prazo estipulado nos termos da lei e, em seguida, protocolizados pela Administração, para que se registre a data e horário do recebimento”.

Vejamos, por fim, entendimento perfilhado nos autos da Denúncia nº. 997649, em acórdão publicado no dia 22/02/2019, de relatoria do então Conselheiro Sebastião Helvécio, que considerou a previsão de impugnação ou interposição de recursos, apenas por meio de protocolo presencial, verdadeira limitação ao direito constitucional do contraditório e ampla defesa, consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA. RESTRIÇÃO AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO E RECURSO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. RECOMENDAÇÃO. 1. A exigência de que as propostas sejam protocolizadas diretamente na sede do órgão pode prejudicar o caráter competitivo, assegurado constitucionalmente aos participantes do processo licitatório.

[...]

A respeito do tema, entendo que por meio da impugnação ao edital é dado aos licitantes o direito de exigir da Administração a correção das ilegalidades verificadas no conteúdo das cláusulas editalícias. Impugnar significa refutar, contestar, contrariar, resistir, opor-se aos termos do edital, dada a suposta ilegalidade apontada. Ao impugnar o edital, o objetivo consiste, portanto, em alterar seus termos, de modo a adequá-los aos limites da Lei, em consonância com o que prevê o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Por essa razão, acorde como o entendimento da CFEL, julgo procedente este apontamento de irregularidade, mas, ao contrário do entendimento do MPTC quanto à multa, deixo de aplicá-la aos responsáveis por verificar que a restrição aos meios de impugnação e recursos ora analisada, não ocasionou, por si só, ofensa à lisura do certame e comprometimento ao princípio da competitividade, visto que as razões de recurso das empresas participantes foram aceitas pela Administração, a fl. 352/355; fl. 359/364; fl. 365/370 e fl. 371/375. Isso posto, recomendo aos atuais gestores, que nos próximos editais, prevejam outras formas de impugnação ao edital, além da forma presencial, ou seja, admitam a interposição de recursos também por fac-símile ou meio eletrônico, registrando a data e horário de seu recebimento, em consonância com o art. 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Ante todo o exposto, considerando as restrições impostas pelo Edital em tela quanto à apresentação de impugnação, concluímos pela irregularidade do instrumento convocatório, no ponto em comento.

3.1.2 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023 e seus anexos.

3.1.3 Critérios:

- Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 41, Parágrafo 1º;

- Acórdão Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 1054181, Item 1, Colegiado Primeira Câmara, de 2019;
- Acórdão Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 997649, Item 1, Colegiado Primeira Câmara, de 2019;
- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 3192, Item 55 e 56, Colegiado Plenário, de 2016.

3.1.4 Conclusão: Pela existência de indícios de irregularidade.

3.1.5 Dano ao erário: Com base nas informações contidas nos autos, não é possível afirmar que houve dano ao erário.

3.1.6 Responsáveis e medida aplicável:

Esta Unidade Técnica indica como responsável a Sra. Elaine Pinesso, Pregoeira, por subscrever o Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, que contém cláusula que veda a interposição de impugnação por meio postal ou eletrônico. Como medida aplicável, sugere-se a aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

3.2 Apontamento:

Da vedação à participação de empresa em recuperação judicial

3.2.1 Análise:

O Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, em seu subitem 5.2.4.1, dispõe que:

5.2. Como condição prévia à participação do licitante no certame, a Pregoeira verificará o eventual descumprimento das condições de participação, especialmente quanto à existência de sanção que impeça a participação no certame ou a futura contratação, mediante a consulta aos seguintes cadastros:

[...]

5.2.4. Também estarão impedidas de participar do certame as empresas:

5.2.4.1. com falências decretadas ou **em recuperação judicial**; (G.N.)

Em relação ao tema, a jurisprudência atual considera irregular os óbices impostos pela Administração Pública à participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, uma vez que ambos os institutos foram introduzidos no ordenamento jurídico visando a preservação da atividade econômica da empresa, seus postos de trabalho e o atendimento aos interesses dos credores.

Dessa forma, não haveria lógica em impedir a contratação pública de empresas submetidas ao processo de recuperação.

Nessa esteira, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 309.867, decidiu que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada, a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que reste demonstrada, na fase de habilitação, sua viabilidade econômica.

O relator do processo, Ministro Gurgel de Faria, pontuou que:

Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art.52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.

Posicionamento semelhante também pode ser visto nos recentes julgados desta Corte de Contas:

DENÚNCIA. REFERENDO. CONCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP). CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. [...] ILEGALIDADE DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL NA LICITAÇÃO. [...] 3. É irregular a restrição à participação no certame, de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, uma vez que apenas na fase de habilitação esse aspecto pode ser exigido e aferido. (Denúncia nº 1082562, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Tribunal Pleno, Acórdão Publicado em 14/01/2020)

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE SOFTWARE INTEGRADO DE GESTÃO ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. ARQUIVAMENTO. 1. Empresas em recuperação judicial não podem ser impedidas de participar do procedimento licitatório, sob pena de impor restrição ao caráter de competitividade do certame, além de contrariar os ditames da Lei n. 11.101/05 e decisão do Supremo Tribunal Federal. (Denúncia nº 980481, Rel. Cons. Durval Ângelo, 1ª Câmara, Acórdão Publicado em 14/02/2020)

Por fim, à guisa de exemplo, citamos a determinação do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 206.308-9/19, em que restou consignada a possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial, caso o respectivo plano de recuperação já tenha sido aprovado pelo juízo competente:

3. Complemente a redação do subitem b.3 do Edital (Qualificação Econômico Financeira), de forma a possibilitar a participação de sociedades empresárias em recuperação judicial, em observância ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei Federal nº 11.101/05), indicando que não será causa de inabilitação de licitante a anotação de distribuição de processo de recuperação judicial ou pedido de homologação de recuperação extrajudicial, **caso haja comprovação de que o plano já tenha sido aprovado/homologado pelo juízo competente quando da entrega da documentação de habilitação;** (G.N.)

De todo o exposto, infere-se que o fato de determinada empresa estar em processo de recuperação judicial ou extrajudicial não deve, *per si*, ser causa impeditiva de participação no certame, devendo ser observada a sua viabilidade econômica, por meio da apresentação de plano de recuperação devidamente homologado pelo juízo competente, mantendo-se, assim, intenção do legislador na manutenção da empresa e na preservação de sua função social.

Portanto, considerando que o subitem 5.2.4.1 vedou, de plano, a participação de empresa em recuperação judicial, em manifesta contrariedade aos aludidos posicionamentos jurisprudenciais, consideramos irregular o Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, quanto ao item em comento.

3.2.2 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023 e seus anexos.

3.2.3 Critérios:

- Acórdão Superior Tribunal de Justiça nº 2063089, Primeira Turma, de 2018;
- Denúncia nº 1082562, Tribunal Pleno, Acórdão Publicado em 14/01/2020
- Denúncia nº 980481, 1ª Câmara, Acórdão Publicado em 14/02/2020;
- Acórdão Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro nº 2063089, Pleno, de 2019.

3.2.4 Conclusão: Pela existência de indícios de irregularidade.

3.2.5 Dano ao erário: Com base nas informações contidas nos autos, não é possível afirmar que houve dano ao erário.

3.2.6 Responsáveis e medida aplicável:

Esta Unidade Técnica indica como responsável a Sra. Elaine Pinesso, Pregoeira, por subscrever o Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, que contém cláusula que veda a participação de empresa em recuperação judicial. Como medida aplicável, sugere-se a aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

4. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta pela improcedência da Denúncia no que se refere aos seguintes apontamentos:

- Da participação restrita a fabricantes e concessionárias autorizadas
- Da exigência de “carta de solidariedade” ou declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos

Manifesta-se, ademais, pela existência de indícios de irregularidade no que se refere aos seguintes fatos:

- Da exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações
- Da vedação à participação de empresa em recuperação judicial

5. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- A citação dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados (caput do art. 307 do Regimento Interno do TCEMG).

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2023.

Henrique Haruhico de Oliveira Kawasaki



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalizaçãod de Editais de Licitação - CFEL



Analista de Controle Externo

TC 3240-6