

Processo: 1107618
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: M & M Indústria Farmacêutica EIRELI
Denunciada: Prefeitura Municipal de Patrocínio
Responsável: Lúcia de Fátima Lacerda
Procurador: Ângelo Zampar, OAB/MG 92.513; Manoel Jose de Freitas Castelo Branco, OAB/MG 105.199; Mariana Andrade Cristianismo, OAB/MG 190.154; Nilton Oliveira Bonifácio, OAB/MG 69.252; Sebastiana do Carmo Braz de Souza, OAB/MG 78.985
MPC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 7/4/2022

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. MEIOS DE IMPUGNAÇÃO E RECURSOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS CONCRETOS. REGULAMENTAÇÃO E UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. O edital deve conter todas as informações necessárias a viabilizar a formulação de impugnações e recursos pelos licitantes, incluindo o endereço eletrônico para comunicação com a Administração.
2. A exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, para fins de habilitação em certames licitatórios, não encontra amparo nos princípios da Lei n.º 11.101/2005, devendo ser verificada a capacidade econômico-financeira das empresa pelos demais meios previstos no art. 31 da Lei n.º 8.666/1993.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a Denúncia, em razão da exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial e Extrajudicial no Processo n.º 157/2021, Pregão – RP 97, Edital n.º 125/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Patrocínio, tendo como objeto, em suma, a aquisição de materiais médico hospitalares e produtos de higienização;
- II) deixar de aplicar multa à Responsável por não verificar, na documentação pertinente ao procedimento licitatório (peças n.º 14 e 16 do SGAP), que o mencionado requisito operou a inabilitação de eventual licitante interessado, e recomendar, aos atuais gestores que deixem de incluir, em futuros certames, restrições à participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial;

- III) recomendar, aos atuais gestores, que explicitem, em futuros certames, os meios e endereços para formulação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos junto à Administração;
- IV) recomendar, ainda, aos atuais gestores, que, em conformidade aos princípios da impessoalidade, eficiência, competitividade, economicidade e da transparência, promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, independentemente da fonte de recursos envolvida, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório; em respeito aos princípios da publicidade e transparência, caso existentes os decretos que regulamentam os institutos do pregão eletrônico e do sistema de registro de preços no âmbito do Município de Patrocínio, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;
- V) determinar a intimação das partes, conforme art. 166, §1º, I, do Regimento Interno desta Corte;
- VI) determinar, ultimadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 176, I, do RITCEMG.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 7 de abril de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 7/4/2022

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia formulada pela empresa M&M Indústria Farmacêutica EIRELI, instruída com acervo documental (peça n.º 02 do SGAP), em face do Processo n.º 157/2021, Pregão – RP 97, Edital n.º 125/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Patrocínio, cujo objeto consiste no “registro de preços para aquisições de materiais médico hospitalares e produtos de higienização, com registro na Anvisa, para uso nas unidades de saúde da Secretaria Municipal de Saúde”, estando marcada a sessão do certame para o dia 19/10/2021.

A presente Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 10/09/2021, sendo distribuída a minha relatoria em 13/09/2021 (peça n.º 05 do SGAP).

O Denunciante requereu a suspensão liminar do certame, alegando, em síntese, que a Administração não observou os termos da Lei Complementar n.º 123/2006 e Lei Complementar n.º 147/2014, não tendo sido reservada cota de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto da licitação às microempresas e empresas de pequeno porte, mesmo com a divisão do certame em itens. Ainda, afirma a inobservância à reserva obrigatória de itens com valor de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais) para participação de ME's e EPP's.

À peça n.º 06 do SGAP, indeferi o pedido liminar formulado pelo Denunciante por compreender que a natureza dos bens a serem adquiridos, uma vez necessários ao combate da pandemia do COVID-19, impedem a concessão de eventual medida cautelar de suspensão do certame, sob pena de se configurar o *periculum in mora* inverso. Na oportunidade, verifiquei que o site da Prefeitura de Patrocínio informava a alteração da data da sessão do certame sob a justificativa de serem necessárias “retificações no edital”.

Intimada a Administração para envio de documentos e justificativas pertinentes ao certame, a Responsável, Sra. Lúcia de Fátima Lacerda, informou a suspensão do procedimento para retificação do instrumento convocatório, visando contemplar as exigências do art. 48, I e III, da Lei Complementar n.º 123/2006. Acrescentou, ainda, que a ausência de reserva, verificada inicialmente, se justifica em razão dos preços praticados pelas ME's e EPP's, geralmente superiores aos das demais empresas no mercado (peças n.º 09 a 16 do SGAP).

À peça n.º 18 do SGAP, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL compreendeu que as irregularidades apontadas pelo Denunciante restaram sanadas após a retificação do instrumento convocatório. Entretanto, formulou apontamentos adicionais quanto aos itens 8 e 9 do edital, uma vez que foram silentes acerca das formas de interposição das impugnações e recursos, e que o item 7.1.2.1 exige a apresentação de Certidão Negativa de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, o que não encontra amparo na jurisprudência dos Tribunais pátrios. Ainda, apontou a inobservância aos princípios da publicidade e transparência, pois não foi possível verificar a existência de decretos municipais que regulamentem o pregão eletrônico e o sistema de registro de preços.

Às peças n.º 23 e 24 do SGAP, foi juntada a documentação pertinente à publicação do edital retificado. Remetidos os autos ao *Parquet* de Contas, o Órgão Ministerial pugnou pela citação da Responsável, em atenção à manifestação da Unidade Técnica (peça n.º 26 do SGAP).

Citada a apresentar sua defesa, a Responsável alegou que o edital dispõe sobre a impugnação e interposição de recursos, entretanto, “por mero equívoco” em sua elaboração, as formas de interposição não foram devidamente discriminadas. Acrescenta que tal fato não causou qualquer prejuízo, como pode ser comprovado pelas duas impugnações apresentadas, sendo

uma por meio físico e outra por meio eletrônico, as quais foram providas. Quanto à exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial, afirma que não houve qualquer prejuízo à competitividade, bem como questionamentos sobre a regularidade da cláusula. Aduz, ainda, que a comprovação da regularidade econômico-financeira seria capaz de atender às disposições do edital, permitindo a contratação (peça n.º 32 do SGAP).

Em reexame técnico, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios – 1ª CFM compreendeu que a ausência da forma de apresentação de impugnações e recursos não consiste em irregularidade capaz de justificar a aplicação de multa, sendo bastante a formulação de recomendação à Administração. Quanto à exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial, destacou a Unidade Técnica, em atenção a precedentes desta Corte de Contas, que a situação recuperacional, por si só, não é suficiente para justificar a desclassificação de eventual licitante, porém, no presente caso, tal disposição não representa ação dolosa ou mediante erro grosseiro da Responsável, o que afasta a cominação de multa (peça n.º 38 do SGAP).

Por sua vez, à peça n.º 40 do SGAP, o *Parquet* de Contas aduziu restar sanada a irregularidade relativa à apresentação de impugnações e recursos, entretanto, em relação à exigência de apresentação de Certidão Negativa de Recuperação Judicial e Extrajudicial, compreendeu ter sido violado o art. 3º, *caput*, §1º, I, da Lei n.º 8.666/1993, o que atrai a aplicação de sanção à Responsável.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Itens 8 e 9 do edital – ausência de especificação da forma de interposição de impugnações e recursos

A CFEL verificou a ausência de previsão expressa, nos itens 8 e 9 do instrumento convocatório, da forma de interposição das impugnações e recursos, o que prejudicaria a transparência das regras do certame, podendo restringir o direito de petição e de defesa dos licitantes.

Em sua defesa, a Responsável indicou que a ausência da previsão expressa da forma de interposição das impugnações e recursos decorre de “mero equívoco na elaboração do edital”. Acrescenta que o item 17.10, que versa sobre os pedidos de esclarecimentos, permitiu a sua formulação por meio físico ou eletrônico, sendo também aplicável às impugnações e recursos. Além disso, ressalta que foram apresentadas duas impugnações ao instrumento convocatório, sendo uma por meio físico e outra por meio eletrônico, as quais foram posteriormente providas para reformar o edital. Por essas razões, ressalta não ter ocorrido qualquer prejuízo à manifestação de eventuais interessados e licitantes.

Em sede de reexame, a 1ª CFM, considerando que o edital fora inclusive retificado a partir de impugnações apresentadas por meio físico e eletrônico, concluiu que a penalização da Responsável representaria apego excessivo ao formalismo dos atos, devendo ser formulado, apenas, recomendação à Administração para que cuide de fazer constar as formas de interposição de impugnações e recursos em seus editais.

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo, também considerando ter sido demonstrado o recebimento de impugnações por meio físico e eletrônico, compreendeu restar sanada a irregularidade.

Em análise às disposições acerca dos meios de comunicação contidas no Edital, verifico que não foram estabelecidas quaisquer vedações à apresentação de impugnações e recursos por meio eletrônico. Trata-se, assim, de mera impropriedade formal na redação do instrumento

convocatório quanto aos endereços eletrônicos de apresentação das mencionadas manifestações.

É necessário observar, como alegado pela Responsável em sua defesa, que o item 17.10 do Edital cuidou de delimitar o endereço eletrônico de apresentação dos pedidos de esclarecimento, o qual foi também utilizado para apresentação das impugnações, nos seguintes termos:

17.10 - Os pedidos de esclarecimentos sobre o Edital deverão ser encaminhados por escrito diretamente à Pregoeira, também no endereço mencionado no preâmbulo do presente edital, ou através de do e-mail: licitacaoptc@patrocinio.mg.gov.br.

Dessa forma, verifico ter sido ofertado aos interessados e licitantes endereço de comunicação eletrônico para a apresentação de impugnações e recursos, não sendo possível afirmar a ocorrência de eventuais cerceios ao direito de petição. Acrescente-se a isso que, na prática, não houve qualquer prejuízo à formulação de impugnações e recursos, uma vez que o edital fora retificado pela Administração nos termos das impugnações apresentadas.

Ainda, resta afastada a possibilidade de aplicação de eventuais multas por esta Corte de Contas, uma vez a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB exige, em seu art. 28, a presença do dolo ou erro grosseiro para responsabilização do agente público por eventuais condutas ilícitas, o que não pode ser verificado no presente caso.

Portanto, julgo improcedente o apontamento, pois ausentes quaisquer prejuízos à transparência das regras do certame e restrições ao direito de petição e de defesa dos licitantes, entretanto, a fim de atribuir maior clareza aos editais, recomendo, aos atuais gestores, que explicitem, em futuros certames, os meios e endereços para formulação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos junto ao órgão licitante, conferindo maior clareza aos editais.

II.2 – Item 7.1.2.1 do edital – exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial ou Extrajudicial

A CFEL apontou a irregularidade da exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial ou Extrajudicial, pois impede a participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial no certame, sendo requisito contrário à jurisprudência desta Corte de Contas e demais Tribunais pátrios.

Em sua defesa, a Responsável afirmou que o art. 31, II, da Lei n.º 8.666/1993 prevê a exigência da certidão negativa de concordata, instituto que foi sucedido pela recuperação judicial, fazendo constar a exigência em atenção à norma. Destaca que a previsão não trouxe quaisquer prejuízos à ampla participação de licitantes, inclusive sequer fora impugnada por eventuais interessados. Acrescenta que a comprovação da regularidade econômico-financeira pela licitante seria capaz de atender às exigências do edital, permitindo a contratação.

Em sede de reexame, a 1ª CFM destacou precedentes desta Corte de Contas para demonstrar que a situação recuperacional, por si só, não é suficiente para justificar a desclassificação de eventual licitante interessado. Acrescenta, porém, que a cominação de multa à Responsável depende de conduta dolosa ou praticada mediante erro grosseiro, o que não pode ser verificado no presente caso. Assim, conclui pela expedição de recomendação à Administração.

O *Parquet* de Contas, por sua vez, destacou ser irregular a exigência prevista no edital, consistindo em violação ao art. 3º, *caput*, §1º, I, da Lei n.º 8.666/1993, o que atrai a aplicação de sanção por esta Corte. Opinou o Órgão Ministerial pela aplicação de multa no valor de R\$1.000,00 (mil reais).

Como bem destacado pela 1ª CFM a exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial e Extrajudicial não possui aderência com os fins perquiridos pela Lei n.º 8.666/1993 e Lei n.º

11.101/2005, bem como não está compatível com a jurisprudência dos Tribunais pátrios. Isso porque, nos termos do art. 47 da Lei n.º 11.101/2005, a recuperação judicial tem por fim “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Dessa forma, a vedação à participação de empresas em situação recuperacional em certames licitatórios vai de encontro à promoção do estímulo à atividade econômica, podendo, inclusive, obstar a preservação da empresa e o cumprimento de sua função social. Nesse sentido, a avaliação acerca da capacidade de execução das obrigações contratuais deve ser medida por meio dos demais documentos de habilitação, como aqueles pertinentes à capacidade econômico-financeira do licitante.

Ainda, é necessário observar, como bem destacou a Unidade Técnica, que a cominação de multa à Responsável exige a verificação de conduta dolosa ou praticada mediante erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB. Em que pese o *Parquet* de Contas opinar pela aplicação de multa, considerando tratar-se de hipótese de ato praticado mediante erro grosseiro, não verifico a presença de seus elementos caracterizadores, quais sejam a negligência, imprudência ou imperícia.

Pelo exposto, julgo procedente o apontamento, não aplicando multa à Responsável, por não verificar, na documentação pertinente ao procedimento licitatório (peças n.º 14 e 16 do SGAP), que o mencionado requisito operou a inabilitação de eventual licitante interessado, e recomendo, aos atuais gestores, que deixem de incluir, em futuros certames, restrições à participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial.

II.3 – Regulamentação e utilização do pregão eletrônico e sistema de registro de preços em âmbito municipal

Em sua análise técnica, a CFEL formulou apontamento quanto a possível inexistência de regulamentação à utilização do sistema de registro de preços em âmbito municipal, em afronta aos princípios da publicidade e transparência, previstos na Lei n.º 8.666/1993 e Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011). Alega que o pregão eletrônico deve ser adotado como regra pela Administração, em atenção às disposições do Decreto Federal n.º 10.024/2019 e Decreto Estadual n.º 48.012/2020, bem como menciona a determinação de realização das licitações por meio eletrônico contida na Lei n.º 14.133/2021. Ao fim, formula recomendação quanto à regulamentação e publicização da utilização do pregão eletrônico e sistema de registro de preços na esfera municipal; ou, existindo a regulamentação, garantir sua publicização; ou, existente a regulamentação municipal e constatada sua inviabilidade ou desvantagem de utilização, que seja formulada justificativa pela autoridade competente, nos termos do Decreto Federal n.º 10.024/2019 e Decreto Estadual n.º 48.012/2020.

Inicialmente, em atenção ao art. 15 da Lei n.º 8.666/1993, compreendo que a utilização do sistema de registro de preços, em âmbito municipal, prescinde da edição de regulamento próprio, uma vez que seu dispositivo é autoaplicável. Entretanto, compreendo que a regulamentação das mencionadas modalidades licitatórias poderá permitir maior adequação de seus mecanismos à infraestrutura de agentes e equipamentos municipais, o que acarreta um melhor aproveitamento dos recursos financeiros e eficiência nas contratações.

Ainda, em que pese a evolução legislativa e jurisprudencial caminhar à adoção do formato eletrônico do pregão como regra, o que pode ser verificado nos termos do art. 12, VI, e art. 17, §2º, da Lei n.º 14.133/2021, bem como dos mencionados Decreto Federal n.º 10.024/2019 e Decreto Estadual n.º 48.012/2020, ainda estão em vigor as Leis n.º 8.666/1993 e 10.520/2002, com seus respectivos decretos regulamentadores, de modo que não há, salvo regulamentações

estabelecidas em âmbito municipal, a obrigatoriedade legal de adoção do pregão em formato eletrônico.

Portanto, julgo improcedente o apontamento e recomendo aos atuais gestores que: (i) em conformidade aos princípios da impessoalidade, eficiência, competitividade, economicidade e da transparência, promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, independentemente da fonte de recursos envolvida, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório; (ii) em respeito aos princípios da publicidade e transparência, caso existentes os decretos que regulamentam os institutos do pregão eletrônico e do sistema de registro de preços no âmbito do Município de Patrocínio, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto pela **procedência parcial** da presente Denúncia, em razão da exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial e Extrajudicial no Processo n.º 157/2021, Pregão – RP 97, Edital n.º 125/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Patrocínio, tendo como objeto, em suma, a aquisição de médico hospitalares e produtos de higienização.

Deixo de aplicar multa à Responsável materiais por não verificar, na documentação pertinente ao procedimento licitatório (peças n.º 14 e 16 do SGAP), que o mencionado requisito operou a inabilitação de eventual licitante interessado, e recomendar, aos atuais gestores, que deixem de incluir, em futuros certames, restrições à participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial.

Recomendo, aos atuais gestores, que explicitem, em futuros certames, os meios e endereços para formulação de pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos junto à Administração.

Ainda, recomendo, aos atuais gestores, que, em conformidade aos princípios da impessoalidade, eficiência, competitividade, economicidade e da transparência, promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, independentemente da fonte de recursos envolvida, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório; em respeito aos princípios da publicidade e transparência, caso existentes os decretos que regulamentam os institutos do pregão eletrônico e do sistema de registro de preços no âmbito do Município de Patrocínio, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle.

Intimem-se as partes, conforme art. 166, §1º, I, do Regimento Interno desta Corte.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do RITCEMG.

É como voto.

* * * * *