

Processo: 1101692

Natureza: DENÚNCIA

Denunciante: Fernando Symcha de Araújo Marçal Vieira

Denunciada: Prefeitura Municipal de Coromandel

Responsáveis: Fernando Breno Valadares Vieira (Prefeito) e Nilda Maria dos Anjos Dorneles (Pregoeira)

Procuradores: Daniel Ricardo Davi Sousa, OAB/MG 94.229; Haiala Alberto Oliveira, OAB/MG 98.420; Olívio Girotto Neto, OAB/MG 109.909; Laila Soares Reis, OAB/MG 93.429; Roberta Catarina Giacomo, OAB/MG 120.513; Iris Cristina Fernandes Vieira, OAB/MG 140.037; Anderson de Castro e Cordeiro, OAB/MG 145.820; Paula Fernandes Moreira, OAB/MG 154.392; Renata Soares Silva, OAB/MG 141.886; Victor Gomes Ribeiro, OAB/MG 164.557; Guilherme Stylianoudakis de Carvalho, OAB/MG 165.569; Gabriela Resende Santos Souza, OAB/MG 169.526; José Custódio de Moura Neto, OAB/MG 160.084; Angelina Silva de Oliveira, OAB/MG 160.956; Stéphanie Mendes Sousa, OAB/MG 181.147; Igor Geraldo Magalhães Moreira, OAB/MG 186.420; Gustavo Fernandes Mota Borba, OAB/MG 190.137; Daniely Souza Abreu, OAB/MG 191.368; Natália Melo Silva, OAB/MG 194.412; Matheus Ribeiro Lopes, OAB/MG 202.504; Natalia Guim Gomes, OAB/MG 186.520; Izabella Ferreira Ramos de Lima, OAB/MG 50.254-E; Samantha Correia Martins, OAB/MG 50.703-E; Amanda Figueiredo de Andrade, OAB/MG 54.540-E

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

SEGUNDA CÂMARA – 10/2/2022

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA. REFERÊNCIA POR MARCAS. PRAZO DE FABRICAÇÃO IGUAL OU INFERIOR A 6 (SEIS) MESES. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA QUANTO À INVIABILIDADE DO PREGÃO ELETRÔNICO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. A imposição de excepcional restrição à participação de interessados em procedimentos licitatórios com base em critérios geográficos depende da demonstração concomitante da existência dos seguintes requisitos, em consonância com os ditames da Lei nº 8.666/93 e nos termos já decididos por este Tribunal nos autos da Consulta nº 887.734: as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, com fulcro no art. 3º, caput, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

2. É lícita a indicação de marcas como referência mínima de qualidade do objeto licitado, desde que preveja a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada no instrumento convocatório.

3. O entendimento pacificado por esta Corte de Contas é de que a exigência de prazo máximo de fabricação, no momento da entrega, não se configura como requisito restritivo à competitividade, pois tal exigência visa, com base no custo-benefício da compra, ao atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade, aplicáveis à Administração Pública, não caracterizando, portanto, ofensa aos princípios que regem as licitações.
4. A jurisprudência desta Corte de Contas é una em considerar irregular a vedação no edital da participação de licitantes que estejam em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, ou exigir certidão negativa, sob pena de inabilitação, sem oportunizar a apresentação do Plano de Recuperação, já homologado pelo juízo competente. Aliado a isso, deve-se avaliar outros requisitos de habilitação econômico-financeira que, porventura, possam garantir ao empresário ou à sociedade empresária que se encontra nessa condição o cumprimento das obrigações em relação ao futuro contrato, além dos demais requisitos habilitatórios.
5. Em respeito aos princípios da publicidade e transparência, decretos regulamentadores devem ser publicados em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle.
6. Por respeito aos princípios da impessoalidade, eficiência, competitividade, economicidade e da transparência, deve ser utilizado o pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, independentemente da fonte de recursos envolvida - federal, estadual ou municipal, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por maioria, na conformidade da Ata de Julgamento e das Notas Taquigráficas, diante das razões expendidas no voto do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, em:

- I) julgar parcialmente procedente a presente Denúncia, em razão das seguintes irregularidades apontadas no Edital do Pregão Presencial nº 013/2021, Processo Licitatório nº 061/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Coromandel:
- a) exigência de certidão negativa de recuperação judicial;
 - b) ausência de justificativa quanto à inviabilidade de utilizar-se o formato eletrônico do pregão;
 - c) restrição geográfica indevida imposta no item 9.1 do ato convocatório;
- II) deixar de aplicar multa à Sr.^a Nilda Maria dos Anjos Dorneles, pregoeira, e ao Sr. Fernando Breno Valadares Vieira, Prefeito Municipal, signatários do edital, por não restar comprovado nos autos que as irregularidades constatadas no instrumento convocatório tenham ocasionado prejuízo ou restritividade ao certame;
- III) recomendar ao atual prefeito e à atual pregoeira que, nos ulteriores procedimentos licitatórios:
- 1) excluam dos editais a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, incluindo cláusula prevendo a apresentação pelas licitantes em recuperação judicial, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei n. 11.101, de 2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como os demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira da proponente;

- 2) 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 Coromandel, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;
- 3) 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;
- 4) ao prever cláusula excepcional de restrição geográfica, apresentem justificativa que contemple as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, em consonância ao art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93;
- IV) determinar ao gestor municipal que, em futuros certames, se atente a destinar a participação exclusiva a microempresas e empresa de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em observância ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014;
- V) determinar a intimação das partes e de seus procuradores da presente decisão, nos termos do art. 166, § 1º, inciso I, do RITCEMG;
- VI) determinar, tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos moldes do art.176, inciso I, do RITCEMG.

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

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de fevereiro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente e Relator

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Prolator de voto vencedor

(assinado digitalmente)

NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 25/11/2021

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Denúncia formulada por Fernando Symcha de Araújo Marçal Vieira em face do Pregão Presencial nº 013/2021, Processo nº 061/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Coromandel, objetivando a “aquisição eventual e futura de pneus novos, protetor e câmaras de ar, para equiparem a frota de veículos e máquinas pesadas da Prefeitura Municipal de Coromandel, com participação exclusiva de Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual – Licitação regionalizada conforme Decreto Municipal nº 104, de 15 de junho de 2020”, conforme preâmbulo do edital, peça nº 2 do Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP.

A Denúncia foi protocolizada neste Tribunal em 03/05/2021 e distribuída à minha relatoria em 06/05/2021, peça 05 do SGAP.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao meu Gabinete e, após a análise do apontamento denunciado, não concedi a cautelar pleiteada, por não ter restado configurado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, dando prosseguimento ao feito (peça 06 do SGAP).

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, em sede de análise inicial da denúncia (peça 13 do SGAP), entendeu pela procedência quanto à destinação exclusiva do certame às microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no perímetro urbano do Município de Coromandel. Lado outro, entendeu pela improcedência quanto a exigência dos produtos em 1ª linha e data de fabricação dos pneus igual ou inferior a seis meses. Ademais, verificou indícios de irregularidade quanto à exigência de certidão negativa de recuperação judicial, requerendo a citação dos responsáveis para apresentarem defesa, bem como a expedição de recomendação ao gestor municipal (peça 13 do SGAP).

Em manifestação preliminar, o Ministério Público junto ao Tribunal aditou a presente denúncia e opinou pela recomendação ao atual Prefeito e ao atual pregoeiro do Município de Coromandel, para que promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, requerendo a citação dos responsáveis (peça 15 do SGAP).

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesa pugnando pela improcedência da denúncia (peça 24 do SGAP).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados para a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que, em reexame, manifestou-se pela improcedência da Denúncia e recomendação ao atual gestor municipal (peça 29 do SGAP).

Na mesma esteira, o *Parquet*, em sede de parecer conclusivo, manifestou pela improcedência da denúncia e recomendação aos gestores municipais (peça 33 do SGAP).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II. 1 – Da limitação à participação de empresas do ramo localizadas em um raio de 150 km da sede do Município de Coromandel.

Em síntese, o Denunciante se insurge contra a legalidade do Pregão Presencial nº 013/2021, afirmando ser restritivo ao limitar a participação apenas a empresas que estejam situadas em um raio máximo de 150 km (linha reta) da sede da prefeitura municipal, previsto no item 9.1 do Edital.

Sustenta a ausência de resguardo para tal previsão e que a medida atinge a economicidade do edital, “ao passo que atenta contra a ampla competitividade e cria óbices ao alcance da equação custo-benefício, tendo em vista que, cerceada a competição, os preços serão mais elevados, gerando malefícios ao erário”.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL, em análise inicial, entendeu pela procedência quanto ao apontamento, “em razão da interpretação equivocada feita pela Prefeitura de Coromandel sobre o benefício contido no art. 48, §3º da Lei Complementar nº 123/06, materializada no item 9.1 do edital”.

Por sua vez, o Ministério Público de Contas opinou pela necessidade de citação do prefeito e do pregoeiro (peça 15 do SGAP).

Os responsáveis apresentaram defesa, afirmando, em síntese, a regularidade da delimitação da participação de empresas sediadas no raio de distância do Município de Coromandel, em conformidade à Lei Complementar nº 123/06, de modo a promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, além de garantir a sustentabilidade exigida nas contratações públicas (peça 24 do SGAP).

Apresentaram, também, cópia do Decreto Municipal nº 104, de 14 de junho de 2020, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais, pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da Administração Pública Municipal (peças 23 do SGAP).

Em sede reexame, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios entendeu pela procedência da defesa apresentada, uma vez que houve ampla participação de microempresas no certame. No entanto, recomendou aos atuais gestores do Município de Coromandel que, nos próximos editais, apresentem justificativas plausíveis a respeito da restrição geográfica, não se equivocando sobre os benefícios contidos nos artigos da Lei Complementar nº 123/2006 (peça 29 do SGAP).

O *Parquet*, em parecer conclusivo, manifestou-se pela improcedência do presente apontamento e recomendação à administração municipal para que não restrinja geograficamente a participação dos licitantes em uma licitação exclusiva para ME/EPP, devendo utilizar, caso queira, o art. 48 §3º como fundamento para o estabelecimento de margem preferencial às ME/EPP locais ou regionais em até 10% sobre o menor preço apurado na fase de lances (peça 33 do SGAP).

Pois bem. Trata-se de discussão acerca da legalidade da limitação geográfica imposta aos licitantes interessados no certame, exclusivo para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual.

Sobreleva destacar o disposto no subitem 9.1, item 9 do edital, do Edital do Pregão Presencial nº 013/2021 (peça 2 do SGAP), *in verbis*:

“9 - DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO

9.1- Poderão participar deste Pregão EXCLUSIVAMENTE as empresas definidas como: Microempresas (ME), Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Micro Empreendedor

Individual (MEI), desde que militem no ramo pertinente ao objeto desta licitação que se enquadrem e estejam de acordo com a Lei Complementar nº 123 de 14 de Dezembro de 2006 e Lei Complementar nº 147 de Agosto de 2014 e que estejam sediadas em um **raio máximo de 150 KM (linha reta) da sede da Prefeitura Municipal de Coromandel - MG, conforme Art. 1º, § 2º II (âmbito regional) do Decreto Municipal nº 104 de 15 de Junho de 2020;**” (g.n)

Com efeito, sabe-se que o ordenamento jurídico impõe tratamento diferenciado para Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social, nos termos do art. 47, *caput*, da Lei Complementar nº 123/2006, *in verbis*:

“Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.**” (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (g.n)

Ainda, o art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 contempla o regramento acerca do tratamento diferenciado, nestes termos:

“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.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 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.”

Por este viés, há ainda respaldo para o tratamento diferenciado, preferencial e simplificado para os pequenos negócios, com vistas a fomentar o desenvolvimento nacional sustentável, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“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)

Verifico que o presente instrumento convocatório prevê a participação exclusiva de Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual, com amparo à Lei Complementar nº 123/2006, nos termos do edital do certame.

Ademais, conforme destacado em sede de decisão liminar (peça 6 do SGAP), a Prefeitura de Coromandel limitou a participação dos licitantes ao âmbito regional, favorecendo a economia local e regional, com amparo no Decreto Municipal nº 104, de 15 de junho de 2020, art. 1º, § 2º, inciso II.

Sob o prisma do tratamento diferenciado disposto no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, vem se admitindo a delimitação de distância de localização geográfica, quando tratar-se de Microempresa e Empresas de Pequeno Porte com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes desta Corte de Contas:

“DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS, BICOS, CÂMARAS E PROTETORES. RESTRITIVIDADE INDEVIDA DO EDITAL. EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CASO DE HAVER 3 LICITANTES NESTA SITUAÇÃO NO MUNICÍPIO OU NA REGIÃO EM UM RAIOS DE 100 KM. IMPROCEDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS.

A exclusividade na contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no município e na região, em um raio de 100km, nas licitações em que o valor dos itens é menor que R\$80.000,00, desde que presentes 3 (três) licitantes nessas condições, encontra amparo no *caput* do artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional. [DENÚNCIA n. 1012006. Rel. CONS. JOSÉ ALVES VIANA. Sessão do dia 26/10/2017. Disponibilizada no DOC do dia 16/11/2017.]

“DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. FORNECIMENTO DE PNEUS NOVOS. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. LIMITAÇÃO A SOCIEDADES EMPRESÁRIAS LOCAIS E REGIONAIS. PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL E REGIONAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE CONTAS. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

1.O art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, à ampliação da eficiência das políticas públicas e ao incentivo à inovação tecnológica.

[...]

4.As justificativas dos responsáveis pela condução do pregão presencial, relativamente ao estabelecimento de raio de localização geográfica para potenciais participantes em no certame, mostraram-se plausíveis, pois essa condição editalícia visou salvaguardar a satisfatória e eficaz execução do futuro contrato, para que serviços rotineiros e essenciais não sofressem a mínima solução de continuidade, e estão em conformidade com o entendimento do Tribunal em casos análogos”. [DENÚNCIA n. 1058765. Rel. CONS. GILBERTO DINIZ. Sessão do dia 30/05/2019. Disponibilizada no DOC do dia 23/07/2019.]

“DENÚNCIAS. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS. [...] RESTRIÇÃO POR DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA. [...]

5. É possível estabelecer critérios de restrição geográfica nas licitações em que se estabelece tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte localizadas regionalmente, nos termos da Lei Complementar n. 123/2006, desde que a Administração justifique os motivos para o seu emprego, abordando as particularidades do objeto e do mercado local/regional”. [DENÚNCIA n. 1031577. Rel. CONS. SUBST. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 17/11/2020. Disponibilizada no DOC do dia 15/01/2021.]

Não há na legislação pátria denominação clara do que o legislador entende como “sediadas local ou regionalmente”, ou seja, qual o espaço geográfico que se poderia definir no instrumento convocatório para estabelecer o tratamento exclusivo, tal como previsto na Lei Complementar n° 123/06.

Lado outro, esta Corte de Contas já se manifestou acerca terminologia “regionalmente” prevista na Lei Complementar n° 123/2006, a exemplo do voto proferido pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão, nos autos da Consulta n° 887.734, aprovado por unanimidade, conforme trechos abaixo colacionados:

“[...]

De fato, o Estatuto das Microempresas não trouxe um conceito preciso para a expressão “regionalmente”. Por esse motivo, entendo que o próprio gestor deverá delimitar e justificar, nos autos de cada procedimento licitatório, o sentido e o alcance da citada expressão. Para tanto, deverão ser levadas em conta as especificidades do objeto licitado, o princípio da razoabilidade e, também, os três objetivos do tratamento diferenciado, quais sejam: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Assim, o alcance e o conceito da expressão “regionalmente” variarão de acordo com as peculiaridades de cada licitação, não sendo correto, portanto estabelecer uma definição fixa e genérica.

Nesse sentido, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais - órgão integrante da Advocacia-Geral União - já teve a oportunidade de analisar esta questão quando da edição da Orientação Normativa CJU/MG n° 60/10. Veja-se o que diz a referida norma:

O significado da expressão “regional” deve ser buscado na situação concreta, podendo englobar os Municípios próximos ao Município em que se encontra o órgão assessorado, independentemente de fazer parte do mesmo Estado. A delimitação da região deverá constar no edital e os motivos ensejadores da referida definição deverão estar expressos nos autos. Igualmente, o Tribunal de Contas da União deixou claro que “o próprio conceito de „âmbito regional“ constante da LC n° 123/2006 e do Decreto n° 6.204/2007 não está expressamente limitado a cada estado da Federação, podendo referir-se, por exemplo, a empresas de uma região geográfica que abranja mais de um estado” (Acórdão n° 2957-49/11-P, Rel. Min. André de Carvalho, Sessão de 09/11/11).

Ou seja, de acordo com os posicionamentos tanto do TCU quanto da AGU, o alcance da expressão “regionalmente” não está restrito ao âmbito de cada Estado e irá variar conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto enfrentado pela Administração. Não é correto, portanto, utilizar, de forma genérica, a região política, geográfica ou mesmo a microrregião para os fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n° 123/06.”

Apresento à colação excerto do voto proferido pelo Conselheiro Gilberto Diniz, sobre a matéria, nos autos da Denúncia n. 1.071.325, em sessão do dia 29/08/2019, da Segunda Câmara, *in verbis*:

“Efetivamente, o subitem 3.2 do instrumento convocatório estipulou, para efeito de “participação/credenciamento”, o seguinte (fl. 37):

3.2 – Como requisito para participação neste Pregão Presencial para Registro de Preços, o licitante deverá manifestar, através de declaração constante nos **Modelos (ANEXO III) somente para as empresas que se enquadram (ANEXO VI)**, o pleno conhecimento e atendimento às Exigências de Habilitação previstas neste Edital (item 9), juntamente com documento de identidade, contrato social e no caso de procurador uma procuração autenticada em cartório. **(Modelo de procuração anexo VIII) e ANEXO IX – (declaração de Habilitação).**

OBSERVAÇÃO: Os itens exclusivo a MPE's se faz necessário para desenvolvimento local conforme lei complementar 123/2006 no seu art. 47 e 48, devendo a mesma estar em distância percorrida de até 70 km da sede da Prefeitura Municipal. (grifos no original)

Examinada a regra evidenciada, entendo que a limitação prevista no edital, em si e por si só, não é suficiente para configurar restrição ao caráter competitivo do certame, considerando que os produtos licitados são comuns e que, por essa razão, o raio de 70km da sede da Prefeitura Municipal de Inhapim comporta número considerável de potenciais interessados em participar da licitação.

Aliado a isso, julgo coadunáveis a manifestação apresentada pelos responsáveis pela condução do certame, porquanto, segundo o que pude depreender do alegado, se buscou auferir proposta mais vantajosa para a Administração Pública também sob a óptica do desenvolvimento local e regional, da economicidade e da eficácia, de modo que atividade rotineira e essencial não sofresse a mínima solução de continuidade.

Nessa mesma perspectiva, registro que foi analisado item semelhante ao constante destes autos na Denúncia nº 1.012.006, sob a relatoria do Conselheiro José Alves Viana, também julgada improcedente, na Sessão da Segunda Câmara de 26/10/2017. Naquela oportunidade, considerou-se “cabível a exclusividade prevista no edital, desde que presentes 03 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte situadas no município ou em um raio de 100 km, por fomentar o desenvolvimento econômico e social local, como pretende a Lei complementar nº 123/2006”. Confira-se a ementa da decisão prolatada nessa denúncia:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS, BICOS, CÂMARAS E PROTETORES. RESTRITIVIDADE INDEVIDA DO EDITAL. EXCLUSIVIDADE PARA MICROEMPRESAS OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CASO DE HAVER 3 LICITANTES NESTA SITUAÇÃO NO MUNICÍPIO OU NA REGIÃO EM UM RAIOS DE 100 KM. IMPROCEDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. A exclusividade na contratação de microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas no município e na região, em um raio de 100km, nas licitações em que o valor dos itens é menor que R\$80.000,00, desde que presentes 3 (três) licitantes nessas condições, encontra amparo no caput do artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional.

Cito, também, as recentes decisões prolatadas pelo Colegiado da Primeira Câmara nos autos da Denúncia nº 1.048.068, na Sessão de 26/2/2019, e da Denúncia 1.031.602, na Sessão de 11/12/2018, que corroboram esse mesmo entendimento.

Nesse contexto, concluo, acorde com as manifestações da Unidade Técnica e do Órgão Ministerial, que, no caso em exame, o estabelecimento de raio de localização de potencial licitante para participação no certame não configurou restrição à competitividade, de modo que afasto o apontamento denunciado.”

Nessa esteira, venho aplicando o mesmo entendimento, no sentido de que prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente é cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração, desde que presentes 03 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, conforme julgamento da Denúncia nº 1.084.435, de minha relatoria, apreciada à unanimidade em sessão do dia 17/06/2021, vejamos:

“DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS, PROTETORES. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. EXCLUSIVIDADE. ART. 48, INCISO I, DA LEI Nº 123/2006. AUSÊNCIA DE 3 (TRÊS) FORNECEDORES COMPETITIVOS ENQUADRADOS COMO MICROEMPRESA OU EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SEDIADOS LOCAL OU REGIONALMENTE. IRREGULARIDADES AFASTADAS. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos termos do art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014, a administração pública deve 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).

2. O art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/2006, permite à Administração Pública a prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, **sendo cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração optar pelo modo que melhor atende ao interesse público, desde que presentes no procedimento licitatório 3 (três) empresas sediadas no âmbito municipal, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no município.** (g.n)

Diante dos precedentes acima colacionados, é certo que a Administração Pública deverá conceder tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, nas hipóteses previstas no art. 48 da LC nº 123/2006, de modo que a expressão “sediadas local ou regionalmente” varia conforme as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, da economicidade e da eficácia.

No caso em epígrafe, verifico constar a seguinte justificativa no edital do Pregão Presencial nº 013/2021, referente à participação exclusiva a de microempresas, empresas de pequeno porte e microempreendedor individual, nestes termos:

“1 - JUSTIFICATIVA

1.1-A aquisição eventual e futura pneus novos, protetor e câmaras de ar se dá para atendimento às necessidades de manutenção da frota de veículos e máquinas, atendendo as necessidades das Secretarias e setores da Prefeitura Municipal de Coromandel. O certame será regionalizado admitindo-se a participação apenas para empresas que se enquadrem como Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual, a fim de fomentar a economia local nos termos do Art. 1º, § 2º I (âmbito regional) do Decreto Municipal nº 104 de 15 de junho de 2020;

1.2 – Ressalta se que no âmbito regional para a aquisição de pneus novos, protetor e câmaras de ar, existem potenciais fornecedores, sendo que apenas no município de Coromandel-MG possui mais de 03 (três) fornecedores cadastrados e apto para fornecer o município, com entrega rápida e no preço de mercado, além de fomentar a economia regional;”

Assim, observo que o edital do Pregão Presencial nº 013/2021, além de estabelecer a participação exclusiva às microempresas e empresas de pequeno porte, estabeleceu os critérios

de restrição geográfica em um raio máximo de 150 km da sede da Prefeitura Municipal de Coromandel, apresentando como justificativa a eficiência e o incentivo da economia local.

O Anexo I, anexado pela Unidade Técnica (peça 30 do SGAP), é a Ata de Sessão de Abertura dos Envelopes e Julgamento das Propostas, referente ao Pregão Presencial nº 013/2021, ocorrida em 06/05/2021, demonstrando a participação de 4 (quatro) licitantes credenciadas, devidamente habilitadas durante o certame, sendo que todas são microempresas, quais sejam, Nacional Pneus e Baterias Ltda., Comave Comércio de Pneus e Peças Ltda., Casa das Peças Serviços Automotores Eireli e Coroauto Ltda ME, sendo que três empresas estão localizadas no Município de Coromandel e uma empresa está localizada em um raio máximo de 150 km (cento e cinquenta) da sede da Prefeitura Municipal.

No entanto, cabe lembrar que para que haja a destinação exclusiva à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, é imprescindível observar o disposto no art. 48, inciso I, da LC nº 123/2006, alterada pela LC nº 147/2014, que impõe a exclusividade nos itens com valor de contratação igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Quanto a alusão expressa do dispositivo aos “*itens de contratação*”, tal como disposto na redação introduzida pela LC nº 147/2014, este Tribunal de Contas entende que deve ser considerado o limite máximo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em cada item da licitação, e não no valor global estimado, a exemplo da Denúncia nº 1.092.584, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciada na sessão do dia 29/04/2021, vejamos:

“DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO PARA ME E EPP. VALOR POR ITEM. IMPROCEDÊNCIA. 1. A Lei Complementar nº 123/06 é expressa em determinar a exclusividade da participação de Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). 2. A realização de processo licitatório exclusivo às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) previsto no art. 48, I, da Lei Complementar nº 123/06 deve considerar o limite máximo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em cada item da licitação, e não no valor global estimado do registro de preços.”

Conforme precedentes acima colacionados, é razoável a exclusividade na contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas no município ou na região, por fomentar o desenvolvimento econômico e social local, desde que o valor dos itens licitados sejam inferiores ao limite legal de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e estejam presentes 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP, sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, não havendo irregularidade apta a ensejar qualquer determinação para retificação do edital ou a aplicação de sanção a qualquer agente municipal.

Em análise do instrumento convocatório, verifica-se que a licitação era do tipo “menor preço por item”, cujo valor estimado para a contratação era de R\$ 1.756.890,00 (Um milhão, setecentos e cinquenta e seis mil e oitocentos e noventa reais).

Ademais, consoante o mapa de apuração disponível no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Coromandel¹, o qual também foi juntado aos autos pela Unidade Técnica (peça 31 do SGAP), constato que 4 (quatro) itens ultrapassaram o teto de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), de tal sorte que não há espaço para a contratação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte nos respectivos itens licitados.

¹ <http://coromandel.mg.gov.br/novo/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio-Mapa-Apuracao-061.pdf>

A redação legal do inciso I do art. 48 da LC nº 123/2006 é clara ao determinar a participação exclusiva de ME e EPP “nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)”, de tal modo que a Prefeitura Municipal de Coromandel deveria destinar a participação ampla de empresas nos itens cujo valor tenha ultrapassado o limite legal.

Desse modo, em que pese a justificativa apresentada, entendo que a participação do certame apenas para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual ensejaria a irregularidade editalícia, uma vez que, conforme mapa de apuração, 04 (quatro) itens ultrapassaram o limite legal, acarretando o não enquadramento na hipótese de exclusividade disposta no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006. Assim, a licitação deveria ser exclusiva apenas nos itens com valor inferior a R\$80.000,00, devendo ser assegurada a ampla concorrência nos itens com valor superior ao limite legal.

No entanto, em análise do caso concreto, não verifico a configuração de prejuízo para a Administração Pública ou restritividade à competitividade, uma vez que participaram da licitação 4 (quatro) licitantes credenciados sediados local ou regionalmente, conforme demonstrado na Ata de Sessão de Abertura dos Envelopes e Julgamento das Propostas (peça 30 do SGAP), motivo pelo qual afasto o apontamento e deixo de aplicar multa aos responsáveis.

Todavia, faz-se necessário determinar ao gestor municipal que, em futuros certames, se atente a destinar a participação exclusiva a microempresas e empresa de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em observância ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014.

II. 2 – Exigência que os produtos tenham como referência marcas específicas, sem especificações/ critérios técnicos

O Denunciante, em síntese, sustenta a irregularidade quanto a exigência de produtos com referências de marcas específicas, sem previsão de critérios técnicos e motivação adequada.

Aduz que o “objeto em tela nada tem de exclusivo, pois qualquer pneu com Certificação do INMETRO e dentro das normas técnicas da ABNT cumpre plenamente seus fins, por isso, é irrelevante a exigência apresentada no edital”, limitando o caráter competitivo da licitação.

A CFEL, em análise inicial (peça 13 do SGAP), entendeu pela improcedência do apontamento, sob o fundamento de que as referências às marcas específicas não restringem a competitividade do certame.

Os responsáveis, em síntese, apresentaram defesa afirmando que a descrição precisa do objeto da licitação visa alcançar o princípio da igualdade e da competitividade, pugnando pela improcedência da denúncia (peça 24 do SGAP).

Após a análise da defesa, a Unidade Técnica reiterou a improcedência da denúncia e recomendação aos gestores municipais (peça 29 do SGAP).

Em sede de parecer conclusivo, o *Parquet* manifestou-se pela improcedência da Denúncia, diante da ausência de irregularidade da citação de marcas e similares como referência no edital (peça 46 do SGAP).

Ab initio, sobreleva destacar a previsão no edital referente às especificações do produto licitado, constante no Anexo II – Modelo de Proposta de Preços, do Edital do Pregão Presencial 013/2021, peça 2 do SGAP, *in verbis*:

“- Os produtos deverão ser de 1ª linha tendo como referência os seguintes fabricantes: PIRELLI, GOODYEAR, CONTINENTAL, FIRESTONE E MICHELIN ou de qualidade similar;” (g.n)

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, I, veda aos agentes públicos a inclusão de cláusulas ou condições que restrinjam o caráter competitivo da licitação, nesses termos:

“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) (Grifo nosso)

Na mesma esteira, assim dispõe o art. 3º, II, da Lei nº 10.520/02, nestes termos:

“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;”

A exceção à regra quanto a vedação de preferência por marca encontra-se prevista no § 5º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, **salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.**” (g.n)

Esta Corte de Contas já se manifestou a respeito da indicação de marca no instrumento convocatório como forma ou parâmetro de qualidade do objeto licitado, conforme se depreende da Consulta nº 849.726, de Relatoria da Conselheira Adriane Andrade, levada à sessão do dia 12/06/2013, a saber:

[...]

CONCLUSÃO

Diante do exposto, assim respondo ao consulente:

A vedação à indicação de marca insculpida no art. 15, §7º, I deve ser interpretada de forma harmônica com os demais dispositivos congêneres. Diante do que foi aqui exposto, conclui-

se que os órgãos e entidades do Poder Público, desde que observados os princípios constitucionais da Administração Pública, estão autorizados a indicar ou pré-qualificar marcas de produtos para fins de aquisição futura **sempre que a marca indicada for a única que puder atender ao fim da Administração.**

Para não ferir o princípio da isonomia entre os licitantes, a indicação de marca na identificação do objeto da licitação inserindo-se no único dispositivo da Lei de Licitações que a autoriza, art. 7º, § 5º, **deverá amparar-se em motivos de ordem técnica**, sem influências pessoais, e que tenham um fundamento científico. A justificativa deve ser documentada por laudos periciais, que deverão fazer parte integrante do processo. Deve-se demonstrar, também, que as características da marca indicada não se encontram em outras marcas e ainda, que aquelas peculiaridades são essenciais ao interesse público. O que não se admite é a restrição injustificada, porque afeta o princípio basilar da licitação, qual seja, a isonomia entre os interessados.

Pode-se indicar a marca no ato convocatório como forma ou parâmetro de qualidade do objeto para facilitar a sua descrição acrescentando-se as expressões “ou equivalente”, “ou similar” e “ou de melhor qualidade”, se for o caso. Tal recomendação tem por fundamento a possibilidade de existir um produto novo que apresenta características similares e, às vezes, melhores do que o já conhecido. A Administração poderá inserir em seus editais cláusula prevendo a necessidade de a empresa participante do certame demonstrar, por meio de laudo, o desempenho, qualidade e produtividade compatível com o produto similar ou equivalente à marca referência mencionada.

Não há, portanto, reprovação legal, à utilização de marca como meio de identificação do objeto, desde que tal opção tenha sido baseada em características pertinentes ao próprio objeto.” (g.n)

Impende, também, colacionar à discussão, o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se extrai do Acórdão 2829/2015, de Relatoria do Ministro Bruno Dantas, vejamos:

“3. A vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada.”

No caso em apreço, o instrumento convocatório faz menção às marcas de referência, tais como, PIRELLI, GOODYEAR, CONTINENTAL, FIRESTONE E MICHELIN, não estando relacionadas à exclusividade do produto ou fabricante, mas sim ao padrão mínimo de qualidade do objeto licitado.

Ainda, verifico que a Administração Pública acrescentou a expressão “ou de qualidade similar”, impondo a aceitação de objeto similar às marcas de referência previstas no edital.

Assim, na esteira dos entendimentos citados, não vislumbro quaisquer irregularidades quanto à indicação de marcas no ato convocatório, uma vez utilizadas como parâmetro de qualidade do objeto licitado a fim de garantir a eficiência da contratação pública, motivo pelo qual considero improcedente o apontamento.

II. 3 – Exigência de data de fabricação igual ou inferior a 6 (seis) meses

O Denunciante se insurge contra a exigência no edital de que os pneus possuam data de fabricação igual ou inferior a 6 (seis) meses, sustentando a sua restritividade, uma vez que inviável para empresas que licitam com produtos importados.

Afirma que a entrega dos produtos importados ao Brasil e o desembaraço na Receita Federal leva em média 4 (quatro) meses. Ainda, afirma que o licitante deverá ter os pneus em estoque para o fornecimento ao longo de um ano, o que torna incoerente e desnecessário a data de fabricação seja inferior a seis meses.

A CFEL, diante do entendimento pacificado neste Tribunal de Contas, entendeu pela regularidade da exigência de data de fabricação igual ou inferior a 06 (seis) meses no momento da entrega nos procedimentos licitatório que envolvam a aquisição de pneus, pugnando pela improcedência do presente apontamento (peça 13 do SGAP).

Em sede de defesa, os responsáveis sustentaram que a referida exigência visa resguardar o interesse público, “uma vez que se trata de produto que perece mesmo sem o uso e que se fornecido próximo à data de vencimento”, o que, em seu entendimento, pode ocasionar prejuízos à administração (peça 24 do SGAP).

A Unidade Técnica, em reexame, reiterou a improcedência da denúncia (peça 29 do SGAP).

Na mesma esteira, o Ministério Público de Contas entendeu pela ausência de irregularidade quanto a exigência de prazo máximo de fabricação dos produtos (peça 33 do SGAP).

Pois bem.

Trata-se de discussão acerca da legalidade da exigência no ato convocatório de data de fabricação igual ou inferior a seis meses referente à aquisição de pneus.

De fato, o Edital do Pregão Presencial nº 013/2021, prevê no Anexo II – Modelo de Proposta de Preços, a exigência de “prazo de fabricação igual ou inferior a 06 (seis) meses no momento da entrega”.

Insta ressaltar que a matéria foi objeto de discussão por esta Corte, dada a sua divergência, de modo que, em juízo da adequabilidade normativa, entendeu-se pela razoabilidade da regra editalícia em debate, tendo em vista a otimização da segurança dos usuários dos veículos e o aumento na qualidade e no prazo de rodagem dos pneus.

Nesse sentido, destaco o entendimento esboçado na Denúncia nº 1.077.138, de minha relatoria, apreciada em sessão do dia 24/10/2019, em que modifiquei meu entendimento acerca da matéria, após análise detida dos julgados majoritários desta Corte:

“DENÚNCIA. REFERENDO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS E CÂMARAS DE AR PARA VEÍCULOS LEVES, DE CARGA E MOTOCICLETAS. EXIGÊNCIA DE ENTREGA DE PRODUTOS COM PRAZO DE FABRICAÇÃO IGUAL OU INFERIOR A SEIS MESES. IMPROCEDÊNCIA DA IRREGULARIDADE APONTADA. LIMINAR REVOGADA. NÃO REFERENDADA A DECISÃO MONOCRÁTICA.

No caso de produtos perecíveis, como pneus, a exigência de prazo máximo de fabricação, no momento da entrega, não se configura como requisito restritivo à competitividade, pois tal exigência visa, com base no custo-benefício da compra, ao atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade, aplicáveis à Administração Pública, não caracterizando, portanto, ofensa aos princípios que regem as licitações.”

Ainda, destaco alguns precedentes recentes deste Tribunal de Contas:

“DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS. DATA DE FABRICAÇÃO. IGUAL OU INFERIOR A SEIS MESES. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. A exigência de prazo máximo de fabricação, no momento da entrega dos produtos, deve ser analisada em função do objeto contratado. No caso de pneus, tal exigência não é restritiva à competitividade e tem o escopo de evitar

que a empresa vencedora forneça produtos com data próxima ao término de sua validade, o que se coaduna com o interesse público, finalidade máxima que deve ser pretendida pela Administração.” [DENÚNCIA n. 1066716. Rel. CONS. CLÁUDIO TERRÃO. Sessão do dia 30/07/2020. Disponibilizada no DOC do dia 07/08/2020.]

“DENÚNCIA. EDITAL DE LICITAÇÃO. PNEUS. CÂMARAS DE AR. HABILITAÇÃO. DATA DE FABRICAÇÃO. QUALIFICAÇÃO ECONOMICO-FINANCEIRA. CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. IRREGULARIDADE. PROCEDENTE. MULTA. RECOMENDAÇÃO.1. A jurisprudência do Tribunal considera razoável a exigência em editais de licitação de pneus e objetos congêneres com fabricação não superior a 6 meses, privilegiando a qualidade dos produtos por maior período de tempo e a segurança dos usuários dos veículos, sem embargo, evidentemente, do caráter competitivo da licitação. Como exemplos, destacam-se as decisões proferidas nos processos 924.098, 887.971, 887.970 e 932.413”. [...] [DENÚNCIA n. 1076970. Rel. CONS. SUBST. VICTOR MEYER. Sessão do dia 22/10/2020. Disponibilizada no DOC do dia 10/11/2020.]

“DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO. AQUISIÇÃO DE PNEUS. ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA SOBRE A DATA DE FABRICAÇÃO DO PRODUTO NO MOMENTO DA ENTREGA. IMPROCEDÊNCIA DA IRREGULARIDADE APONTADA. ARQUIVAMENTO. No caso de produtos perecíveis, como pneus, a exigência de prazo máximo de fabricação, no momento da entrega, não se configura como requisito restritivo à competitividade, pois tal exigência visa, com base no custo-benefício da compra, ao atendimento dos princípios da eficiência e da economicidade, aplicáveis à Administração Pública.” [DENÚNCIA n. 1058797. Rel. CONS. SUBST. ADONIAS MONTEIRO. Sessão do dia 23/04/2019. Disponibilizada no DOC do dia 06/06/2019.]

Por todo o exposto, tendo em vista o entendimento pacificado por esta Corte de Contas, afasto a irregularidade do Edital quanto a exigência de data de fabricação igual ou inferior a 6 (seis) meses e julgo improcedente o presente apontamento.

II. 4 – Exigência de certidão negativa de recuperação judicial

A CFEL, em sede de análise inicial, apontou a irregularidade do subitem 10.1.1, “i”, do Edital do Pregão Presencial nº 013/2021, por impedir a participação de empresa em recuperação judicial, vejamos:

“10.1.1 - O Envelope nº II "DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO", deverá conter os seguintes documentos:

i) - Certidão Negativa de Falência, Concordata ou Recuperação Judicial; expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica;”

Afirmou que “não há regra estabelecida para a matéria, mas não se pode deixar de proteger o interesse público nas licitações e a Administração deve garantir a isonomia entre os licitantes, não podendo obstaculizar o objetivo da Lei nº 11.101/05 que é de propiciar a possibilidade de as empresas se reerguerem”, colacionando jurisprudências.

Por fim, pugnou pela aplicação de multa por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nos termos do caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102/2008 (peça 13 do SGAP).

O *Parquet*, em parecer preliminar (peça 15 do SGAP), não se manifestou quanto ao apontamento da Unidade Técnica.

Na mesma esteira, os responsáveis apresentaram defesa, não tendo se manifestado sobre o apontamento (peça 24 do SGAP).

Entretanto, requereram que, “caso venha a ser o entendimento do órgão julgador competente que possa ter havido mera irregularidade por parte dos Representados, tal penalidade deve ser tomada com prudência se valendo dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, para que não haja injusta punição, devendo, deste modo, ser julgada improcedente a denúncia, ou, na pior das hipóteses, direcionar aos Representados apenas recomendações para os futuros certames”.

Após a análise da defesa apresentada, a Unidade Técnica retificou o seu entendimento, nestes termos:

“No caso em exame, após análise da Ata de Sessão de Abertura dos Envelopes e Julgamento das Propostas, referente ao Pregão Presencial nº 013/2021, ocorrida em 06/05/2021, (Anexo I - ATA) verifica-se que nenhum licitante teria deixado de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial ou de que, na hipótese de apresentação de certidão positiva, seria excluída, de plano, do certame, dessa forma, entende-se que a exigência, prevista no item 10.1., subitem “I”, de apresentação de certidão negativa de falência ou de recuperação judicial não causou nenhum prejuízo a ampla competitividade.

Assim, diante da ausência de comprovação, nos autos, de que licitante teria deixado de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial ou de que, na hipótese de apresentação de certidão positiva, seria excluída, de plano, do certame, recomenda-se aos atuais gestores que, nos futuros editais, faça constar cláusula que será exigido da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei nº 11.101, de 2005, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira do proponente.”

Por fim, entendeu pela improcedência da denúncia e recomendação aos gestores municipais para fazer constar cláusula que exija da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei nº 11.101, de 2005, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira do proponente.

O *Parquet* corroborou com a análise inicial da Unidade Técnica, entendendo, no entanto, pelo afastamento da punibilidade, dada a ausência de prejuízo na licitação.

Ab initio, cumpre salientar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 31, inciso II, consigna a previsão acerca do instituto da falência e concordada como documentação relativa à qualificação, nos seguintes termos:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

II - **certidão negativa de falência ou concordata** expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;” (g.n)

Pois bem, o dispositivo legal supracitado faz referência à certidão negativa de falência e concordata, e, por óbvio, não o fazendo à recuperação judicial ou extrajudicial, instituto criado pela Lei n. 11.101/2005, acerca da insolvência das pessoas físicas e jurídicas que exercem atividade empresarial. Assim, as disposições do antigo Decreto-lei n. 7.661/1945, revogado, devem ser adaptadas ao regime atual da Lei de Falências.

É a seguinte a lição de Marçal Justen Filho²:

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª edição, rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 637.

“A questão da falência, recuperação judicial e execução (inc. II)

A Lei erigiu alguns fatos externos como indícios de ausência de qualificação econômico-financeira. Envolvem a existência de processos judiciais versando sobre exigência de dívidas não satisfeitas. Anote-se que a normatização da insolvência das pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividade empresarial passou a ser disciplinada pela Lei n. 11.101/2005, que revogou o antigo Dec.-lei 7.661/1945. Portanto, as disposições da Lei 8.666/1993 devem ser adaptadas ao regime da atual Lei de Falências. Assim, por exemplo, **as referências a "concordata" devem ser interpretadas como referidas à recuperação judicial.**” (g.n.)

Com espreque na Carta Magna, em respeito aos preceitos da preservação da empresa, promoção da economia nacional, livre iniciativa, redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros, a Lei de Recuperação de Empresa, nº 11.101/2005, tem a seguinte previsão em seu art. 47, *in verbis*:

“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de 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.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a Lei n. 8.666/1993 não prevê a necessidade da apresentação de certidão negativa para casos de recuperação judicial, e, nos termos do art. 47 e 52, II, ambos da Lei de Falência, a empresa em recuperação judicial poderá comprovar sua aptidão econômico-financeira de outras formas, independentemente da respectiva certidão. Essa a decisão, unânime, proferida no Agravo em Recurso Especial n. 309.867/ES, da Relatoria do Ministro Gurgel de Faria, *verbis*:

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

[...]

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, **o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.**

3. À luz do princípio da legalidade, “é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa” (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).

4. 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.

5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de 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.

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade

econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.”

(AREsp 309.867-ES, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, por unanimidade, julgado em 26/06/2018, DJe 8/8/2018). (g.n.)

Nessa esteira, corroborando a importância que a Lei de Falência garantiu às empresas em recuperação judicial, a continuidade de suas atividades e a possibilidade de contratação com o poder público, com o objetivo de viabilizar a superação de crise econômico-financeira, deve o gestor público, encarregado das licitações, compatibilizar o interesse público, na aplicação da Lei n. 8.666/93 com a Lei n. 11.101/2005, posterior, não se podendo infringir a previsão constante do seu art. 52, II, vejamos:

“Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, observado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 desta Lei;” (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (g.n.)

Insta destacar que a jurisprudência desta Corte de Contas é una em considerar irregular a vedação do edital da participação de licitantes que estejam em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, ou exigir certidão negativa, sob pena de inabilitação, sem oportunizar a apresentação do Plano de Recuperação, já homologado pelo juízo competente. Aliado a isso, deve-se avaliar outros requisitos de habilitação econômico-financeira que, porventura, possam garantir ao empresário ou à sociedade empresária que se encontra nessa condição, o cumprimento das obrigações em relação ao futuro contrato, além dos demais requisitos habilitatórios.

Nesse sentido, destaco o voto por mim exarado nos autos da Denúncia n. 1.058.870, em sede de decisão liminar, *in verbis*:

“DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. MENOR PREÇO. SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO DE LABORATÓRIOS DE ANÁLISES CLÍNICAS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. EXIGÊNCIA DE CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DOS SERVIÇOS DE PRESTAÇÃO INSTANTÂNEA E DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA FINS DE PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. LIMINAR DEFERIDA.

1. Compete à Administração fazer constar de seus textos convocatórios a possibilidade de oferta de documentos que revelem o cumprimento do plano delineado pelo Judiciário e sugiram a viabilidade econômico-financeira da empresa, ou mesmo a promoção de diligências junto ao Poder Judiciário, para a obtenção de informações atualizadas quanto ao bom andamento do plano de recuperação deferido.

[...]

Este posicionamento já defendi nos autos da Denúncia n. 977.532, acompanhado pelos Conselheiros Gilberto Diniz e Durval Ângelo, e nos autos da Denúncia n. 1015596, da

relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, em sessão da Segunda Câmara desta Corte, de 15/03/2018, que acompanhei.

Nessa esteira, alinho-me ao entendimento da Unidade Técnica e entendo que há elementos suficientes para a concessão, de ofício, da medida cautelar de suspensão.”

Por este viés, destaco ainda a Consulta TC – 008/2015, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, nestes termos:

“a) É possível que a Administração Pública, a seu critério, não exija no edital de licitações alguns dos documentos previstos no artigo 31, da Lei nº 8.666/93, como por exemplo, o previsto no inciso II (certidão negativa de falência ou concordata), que hoje pode ser interpretado no sentido de abranger a certidão negativa de recuperação judicial.

b) Caso, no entanto, a Administração Pública exija como um dos requisitos para a qualificação econômico-financeira, a certidão negativa de recuperação judicial, esta deverá ser apresentada pelos licitantes.

c) Ressalta-se, contudo, que a Administração Pública não poderá fazer restrição total no edital licitatório acerca da possibilidade de empresas em recuperação judicial participarem do procedimento licitatório. Isso porque, caso a Administração Pública exija no edital de licitação a certidão negativa de recuperação judicial, a empresa que apresentar certidão positiva, poderá participar, desde que o juízo em que tramita o procedimento da recuperação judicial certifique que a empresa está apta econômica e financeiramente a suportar o cumprimento de um futuro contrato com a Administração pública, levando em consideração o objeto a ser contratado.”

Na mesma esteira está o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que, em apertada síntese, considera que a empresa que possui um plano de recuperação submetido ao crivo de seus credores, demonstrando viabilidade econômica e capacidade de contratar com a Administração Pública e reerguer seus negócios, tendo tal plano aprovado pelo juiz competente, não pode ser alijada do processo licitatório. Eis os precedentes da Corte Paulistana, nº 3987.989.15-9 e 4033.989.15-3, que sustentam e encabeçaram o posicionamento vanguardista e alinhado aos preceitos constitucionais de preservação da empresa, promoção da economia nacional, livre iniciativa, muitos insertos no art. 170 da Constituição da República.

Diante de toda a fundamentação exposta, coaduno-me à jurisprudência do STJ, citada alhures, no sentido de que o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não foi alterado para se amoldar à recuperação judicial, tampouco foi derogado, devendo o agente público encarregado das licitações compatibilizar a aplicação da Lei n. 8.666/93 com a Lei n. 11.101/2005, especificamente seu inciso II, do art. 52, não existindo no edital em exame previsão de análise do plano de recuperação homologado em juízo.

Assim, entendo por irregular a exigência do subitem 10.1.1, alínea “i” do edital do Pregão Presencial nº 013/2021.

No entanto, conforme bem apontado pela Unidade Técnica em sede de análise final (peça 29 do SGAP), após análise da Ata de Sessão de Abertura dos Envelopes e Julgamento das Propostas, referente ao Pregão Presencial nº 013/2021, ocorrida em 06/05/2021, (Anexo I - ATA), constatou-se que nenhum licitante teria deixado de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial ou de que, na hipótese de apresentação de certidão positiva, seria excluída, de plano, do certame.

Assim, afasto a punibilidade e recomendo aos atuais gestores da Prefeitura de Coromandel, que excluam dos editais a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, incluindo cláusula prevendo a apresentação pelas licitantes em recuperação judicial, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58, da Lei n. 11.101, de

2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como os demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira da proponente.

II. 5 – Inobservância aos princípios da publicidade e transparência

A Unidade Técnica deste Tribunal de Contas, em síntese, apontou o descumprimento dos princípios da publicidade e transparência pelos responsáveis, uma vez que, inobstante ter conhecimento da existência dos Decretos Municipais nºs 115/2020 e 1.087/2014, que regulamentam respectivamente os institutos do pregão eletrônico e do sistema de registro de preços, não constatou a divulgação no site da prefeitura dos aludidos decretos.

Concluiu pela recomendação aos gestores municipais, no seguinte sentido:

“Caso existentes os decretos que regulamentam os institutos do pregão eletrônico e do sistema de registro de preços, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;”

Os responsáveis, por sua vez, não se manifestaram sobre o apontamento (peça 24 do SGAP).

Entretanto, requereram que, “caso venha a ser o entendimento do órgão julgador competente que possa ter havido mera irregularidade por parte dos Representados, tal penalidade deve ser tomada com prudência se valendo dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, para que não haja injusta punição, devendo, deste modo, ser julgada improcedente a denúncia, ou, na pior das hipóteses, direcionar aos Representados apenas recomendações para os futuros certames”.

O *Parquet* não se manifestou quanto ao presente apontamento (peça 33 do SGAP).

Ab initio, cumpre destacar que a transparência administrativa está atrelada ao Princípio da Publicidade previsto no art. 37 da Constituição da República de 1988, e consiste na obrigação estatal de prestar informações acerca da gestão pública com acessibilidade, clareza, objetividade e concisão.

Quanto ao tema, o ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello³ leciona acerca do princípio da publicidade, norteador do processo licitatório, impondo que os atos e termos da licitação sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. Assevera tratar-se de um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão.

No caso em epígrafe, o Edital do Pregão Presencial nº 013/2021, dentre outras legislações, faz referência à Lei Municipal nº 2.876 de 12 de julho de 2005, que dispõe sobre a Licitação na Modalidade Pregão, no município de Coromandel – MG, conforme preâmbulo do edital.

Lado outro, como bem apontado pela Unidade Técnica, em consulta ao aludido site da Prefeitura Municipal de Coromandel⁴, de fato, não constatei a publicação dos Decretos Municipais nºs 115/2020 e 1.087/2014 que regulamentam respectivamente os institutos do pregão eletrônico e do sistema de registro de preços no município.

No que tange a ausência de decreto regulamentar sobre o instituto registro de preços, insta registrar que a doutrina majoritária defende que as regras atinentes a este instituto, previstas no art. 15 da Lei nº 8.666/93, são autoaplicáveis, ou seja, independem de ato posterior para lhes assegurar efetividade.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010. p. 535.

⁴ <http://coromandel.mg.gov.br/novo/decretos/>, acessado em: 17/09/2021.

Este Tribunal de Contas já se manifestou sobre o tema, conforme entendimento exarado na Consulta nº 732.557, de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, em sessão do dia 11/06/2008, conforme transcrevo abaixo:

“No tocante às indagações alusivas ao sistema do registro de preços, o consulente repete os termos usados nos quesitos relativos ao pregão. Primeiro, indaga sobre o instrumento normativo aplicável na regulamentação de tal sistema, e depois quer saber se é possível utilizá-lo para as contratações de serviços e obras de engenharia de pequena complexidade. [...]

Com relação ao primeiro questionamento, o tema não comporta muita celeuma, porquanto a doutrina é unânime em afirmar que o art. 15 da Lei 8.666/93 é autoaplicável, aludindo-se à regulamentação por decreto, somente para fins de adequação às peculiaridades regionais. Nesse sentido, os ensinamentos de Marçal Justen Filho, *verbis*.

O art. 15 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa. Isso não significa que o dispositivo não seja autoaplicável. A afirmativa decorre de que a disciplina da lei é perfeitamente suficiente para instituir-se o sistema de registro de preços. Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções nele contidas pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei n. 8.666/93. Aliás, inúmeras inovações trazidas na regulamentação se caracterizam como ilegais, eis que ultrapassam os limites previstos legislativamente.”

Nessa esteira, trago à colação excerto do entendimento recente exarado pelo Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, sobre a matéria, nos autos da Denúncia n. 1.102.301, em sessão do dia 26/08/2021, da Segunda Câmara, *in verbis*:

“Já em relação à necessidade de regulamentação do sistema de registro de preços no âmbito municipal, entendo que o disposto no art. 15 da Lei n. 8.666/93 é autoaplicável. A respeito do tema, destaco novamente a resposta dada na Consulta n. 732557, sessão Plenária do dia 11/6/2008, de relatoria do conselheiro Eduardo Carone:

Com relação ao primeiro questionamento, o tema não comporta muita celeuma, porquanto a doutrina é unânime em afirmar que o art. 15 da Lei n. 8.666/93 é autoaplicável, aludindo-se à regulamentação por decreto, somente para fins de adequação às peculiaridades regionais. Nesse sentido, os ensinamentos de Marçal Justen Filho, *verbis*.

“O art. 15 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa. Isso não significa que o dispositivo não seja autoaplicável. A afirmativa decorre de que a disciplina da lei é perfeitamente suficiente para instituir-se o sistema de registro de preços. Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções nele contidas pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei n. 8.666/93. Aliás, inúmeras inovações trazidas na regulamentação se caracterizam como ilegais, eis que ultrapassam os limites previstos legislativamente”.

[...]

3. O art. 15 da Lei n. 8.666/93 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa, para fins de adequação às peculiaridades regionais;

Destaco, ainda, decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇO: ARTIGO 15, LEI 8.666/93 – LIMITAÇÕES. [...] 2. Embora autoaplicável, o art. 15 da Lei 8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no § 3º”. (STJ - RMS: 15647 SP 2002/0153711-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento:

25/3/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/4/2003 p. 206RIP vol. 19 p. 327).

Não obstante, destaco que o art. 15, II, § 3º, da Lei n. 8.666/1993, estabelece a regulamentação da matéria por decreto, conferindo atribuição ao Chefe do Executivo para editar ato normativo destinado a regulamentar o sistema de registro de preços no âmbito municipal. O propósito da norma federal é, assim, permitir que o legislador local torne o preceito legal mais claro e operacional, observada a realidade de cada região. Neste mesmo sentido, dispõe o art. 11 da Lei n. 10.520/2002.

Assim, embora entenda que não se configurou, neste caso, ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que reputo serem autoaplicáveis os termos do art. 15, II, § 3º, da Lei n. 8.666/1993 e do art. 11 da Lei n. 10.520/2002, considero que seja recomendável a regulamentação do sistema de registro de preços no âmbito do município, a fim de que seja observada a realidade e as peculiaridades de cada ente federado, bem como para que se torne o respectivo preceito legal mais claro e operacional. Aliás, nos termos da manifestação da Cfel, deve ser dada a devida publicidade ao referido decreto regulamentador, neste caso.”

Por todo o exposto, entendo que a ausência de Decreto Regulamentar não impede a adoção do Sistema de Registro de Preços, uma vez que a Lei nº 8.666/93, bem como a Lei nº 10.520/2002, são suficientes para assegurar a sua necessária validade jurídica, bem como garantir a definição das regras e condições necessárias.

Ademais, na ausência de decreto, o edital cumpre perfeitamente a função de regulamentação, em que se respeitadas os requisitos necessários para a adoção do instituto, a Administração Pública poderá estabelecer todas as condições e exigências que se fizerem necessárias para garantir a mais adequada eficiência na gestão do contrato.

Além disso, no que tange a ausência de publicação de decreto que regulamente o pregão eletrônico, verifico que, conforme ressaltado anteriormente, quatro empresas participaram da sessão pública ocorrida em 06/05/2021, consoante previsto na Ata de Sessão Pública do Pregão Presencial (peça 30 do SGAP).

Assim, inobstante a ausência da publicação dos decretos regulamentares por parte da Administração Pública, não vislumbro no caso concreto indícios de prejuízos e restrição à competitividade.

Nessa esteira, afasto o presente apontamento da Denúncia, e recomendo aos atuais gestores que, 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 Coromandel, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle.

II. 6 - Ausência de justificativa quanto à inviabilidade de utilizar-se o formato eletrônico do pregão - Realização da sessão do pregão presencial em 08/02/2021, em meio à pandemia da COVID-19

A Unidade Técnica, em seu exame inicial, sugeriu que fosse expedida recomendação ao gestor municipal:

“Caso constatada inviabilidade técnica ou desvantagem para a administração na realização do pregão eletrônico, que seja expedida justificativa pela autoridade competente, nos termos do § 4º do art. 1º do Decreto Federal nº 10.024/2019 e do § 2º do art. 1º do Decreto Estadual nº 48.012/2020.”

O *Parquet*, em parecer preliminar (peça 15 do SGAP), apresentou o apontamento em aditamento à Denúncia, verificando que, no caso concreto, foi adotada a forma presencial do pregão, sem que constasse justificativa para essa escolha, ou demonstração da inviabilidade da utilização do formato eletrônico do pregão.

Na oportunidade, teceu comentários sobre a utilização do pregão eletrônico em meio à pandemia da Covid-19, nestes termos:

“Adaptando-se à nova realidade, foi editado o Decreto nº 10.024/2019, que conferiu nova regulamentação ao pregão eletrônico, revogando o antigo Decreto nº 5.450/2005 (art. 60, inciso I). O novo Decreto, em seu art. 1º, §1º, determina a obrigatoriedade da utilização da forma eletrônica do pregão aos órgãos da administração pública federal. O §3º do mesmo artigo estende a obrigatoriedade a todos os demais entes federados, quando utilizem recursos provenientes da União.

A Instrução Normativa nº 206/2019 do Ministério da Economia, regulando o referido dispositivo do Decreto, estabeleceu prazos para que os municípios, de acordo com seu número de habitantes, utilizassem a forma eletrônica do pregão. O último prazo, para os municípios com menos de quinze mil habitantes, findou em 01/06/2020. Ou seja, todos os municípios já estão obrigados a realizar processo licitatório na modalidade eletrônica do pregão quando recebam recursos da União.

Apesar de essas normas não vincularem os municípios quando utilizem recursos próprios, é evidente a evolução normativa sobre o tema. Neste sentido, se antes não havia tal obrigatoriedade, certo é que atualmente, com os recursos tecnológicos existentes, a utilização do pregão eletrônico se mostra cada vez mais prudente e até mesmo necessária, especialmente em meio à pandemia da COVID-19, que exige distanciamento social para evitar a transmissão do vírus.

[...]

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas entende necessária a emissão de recomendação ao atual Prefeito e ao atual pregoeiro do Município de Coromandel para que, por respeito aos princípios da eficiência, da competitividade e da economicidade, promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, independentemente da fonte de recursos envolvida – federal, estadual ou municipal –, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório.”

Na defesa apresentada (peça 24 do SGAP), os responsáveis não se manifestaram sobre o presente apontamento.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em exame de defesa, apresentou um levantamento, efetuado por órgãos que compõem a Ação Integrada da Rede de Controle e Combate à Corrupção de Minas Gerais (ARCCO-MG), relativo ao grau de adoção, por municípios mineiros, de licitações na modalidade pregão eletrônico.

Constatou que “o município de Coromandel não integra a lista dos municípios mineiros que se utilizam, preferencialmente, do pregão eletrônico para contratação de bens e serviços enquadrados como comum”, concluindo pela recomendação ao atual Prefeito e ao atual pregoeiro municipal para que promovam a realização de pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços comuns, nos mesmos termos do parecer ministerial (peça 29 do SGAP).

Em parecer conclusivo, o Ministério Público de Contas (peça 33 do SGAP), reiterou o apontamento apresentado no parecer preliminar, e opinou pela expedição de recomendação ao atual Prefeito e ao atual pregoeiro do Município de Coromandel.

Pois bem. Entendo despidendo tecer maiores comentários sobre a presente questão, pois muito bem discorrido pela Unidade Técnica, assim como pelo Órgão Ministerial.

Esta Colenda Corte de Contas vem entendendo pela preferência da utilização do pregão eletrônico em detrimento do pregão presencial, por se mostrar como a opção mais econômica na aquisição/contratação de bens e serviços, sobretudo em meio à pandemia da Covid-19, a exemplo do que foi decidido no julgamento da Denúncia nº 1.101.533, de Relatoria do Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, em sessão da Segunda Câmara no dia 05/08/2021, assim ementada:

“DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. FORNECIMENTO DE PNEUS. EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE PERANTE O IBAMA. IMPROCEDÊNCIA DO APONTAMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA QUANTO À INVIABILIDADE DE SE UTILIZAR O PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA. ACOLHIMENTO DA PROPOSTA MINISTERIAL. COMPETITIVIDADE. ECONOMICIDADE. ENCERRAMENTO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. PRINCÍPIOS DA RACIONALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E DA ECONOMIA PROCESSUAL. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

[...]

3. A utilização do pregão na forma eletrônica em vez de na forma presencial, sobretudo em meio à pandemia da Covid-19, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, revela-se adequada aos princípios constitucionais da economicidade, da isonomia e da competitividade, uma vez que permite que os interessados possam participar de qualquer lugar do país, em ambiente virtual, salvo comprovada impossibilidade ou inviabilidade de utilização da forma eletrônica, devidamente justificada nos autos do processo licitatório.”

Acrescento, por julgar importante, os benefícios do pregão em sua forma eletrônica, conforme registrado no relatório técnico (peça 13 do SGAP), *verbis*:

“A realização de licitação por meio do pregão eletrônico já é uma realidade no âmbito da União e muitos estados e municípios brasileiros, considerando suas vantagens, como: 1) ambiente virtual; 2) acesso pela rede mundial de computadores; 3) busca pela melhor proposta; 4) economicidade; 5) ampliação da competitividade; 6) celeridade na compra; 7) otimização processual; 8) transparência; 9) eficiência na administração pública; 10) impessoalidade na condução da sessão pública; 11) medida de boa governança; 12) fortalecimento do controle externo e do controle social.”

Por todo o exposto, entendo que a utilização do pregão na forma eletrônica em vez da forma presencial, sobretudo em meio à pandemia da Covid-19, revela-se adequada aos princípios constitucionais da economicidade, da isonomia e da competitividade, uma vez que permite que os licitantes possam participar de qualquer lugar do país, em ambiente virtual.

Entretanto, ressalto que a utilização injustificada da forma presencial, neste caso, não seria passível de aplicação de multa, mormente porque, não foi identificada violação expressa a norma legal e o certame contou com a participação de quatro empresas, não havendo nos autos indícios de restrição à competitividade e à economicidade.

Destarte, em convergência com o relatório da Unidade Técnica e o parecer do Ministério Público, recomendo aos responsáveis que, por respeito aos princípios da impessoalidade, eficiência, competitividade, economicidade e da transparência, promovam a realização de pregões eletrônicos 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.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **voto pela procedência parcial** da presente Denúncia, em razão das seguintes irregularidades apontadas no Edital do Pregão Presencial nº 013/2021, Processo Licitatório nº 061/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Coromandel:

- a) Exigência de certidão negativa de recuperação judicial;
- b) Ausência de justificativa quanto à inviabilidade de utilizar-se o formato eletrônico do pregão.

Deixo, contudo, de aplicar multa ao Sr. Fernando Breno Valadares Vieira, Prefeito Municipal, e à Sr.^a. Nilda Maria dos Anjos Dorneles, pregoeira, signatários do edital, por não restar comprovado nos autos que as irregularidades constatadas no instrumento convocatório tenham ocasionado prejuízo ou restringido a liberdade de concorrência.

Recomendo ao atual prefeito e à atual pregoeira que nos ulteriores procedimentos licitatórios:

- 1) excluam dos editais a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, incluindo cláusula prevendo a apresentação pelas licitantes em recuperação judicial, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58, da Lei n. 11.101, de 2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como os demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira da proponente;
- 2) 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 Coromandel, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;
- 3) 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.

Determino ao gestor municipal que, em futuros certames, se atente a destinar a participação exclusiva a microempresas e empresa de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em observância ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014.

Intimem-se as partes e seus procuradores da presente decisão, conforme art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG.

Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do RITCEMG.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Peço vista.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

VISTA CONCEDIDA AO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA MARIA CECÍLIA BORGES.)

**RETORNO DE VISTA
NOTAS TAQUIGRÁFICAS
SEGUNDA CÂMARA – 10/2/2022**

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada por Fernando Symcha de Araújo Marçal Vieira em face do Pregão Presencial nº 013/2021, Processo nº 061/2021, deflagrado pelo Município de Coromandel, objetivando a “aquisição eventual e futura de pneus novos, protetor e câmaras de ar, para equiparem a frota de veículos e máquinas pesadas da Prefeitura Municipal de Coromandel, com participação exclusiva de Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual”.

Na Sessão Plenária de 25/11/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, apresentou proposta de voto, registrando em sua conclusão:

Por todo o exposto, voto pela procedência parcial da presente Denúncia, em razão das seguintes irregularidades apontadas no Edital do Pregão Presencial nº 013/2021, Processo Licitatório nº 061/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Coromandel:

- a) Exigência de certidão negativa de recuperação judicial;
- b) Ausência de justificativa quanto à inviabilidade de utilizar-se o formato eletrônico do pregão.

Deixo, contudo, de aplicar multa ao Sr. Fernando Breno Valadares Vieira, Prefeito Municipal, e à Sr.ª Nilda Maria dos Anjos Dorneles, pregoeira, signatários do edital, por não restar comprovado nos autos que as irregularidades constatadas no instrumento convocatório tenham ocasionado prejuízo ou restritividade ao certame.

Recomendo ao atual prefeito e à atual pregoeira que nos ulteriores procedimentos licitatórios:

- 1) excluam dos editais a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, incluindo cláusula prevendo a apresentação pelas licitantes em recuperação judicial, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58, da Lei n. 11.101, de 2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como os demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira da proponente;
- 2) 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 Coromandel, que sejam procedidas às devidas publicações em locais de fácil acesso ao cidadão e aos órgãos de controle;

3) 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.

Determino ao gestor municipal que, em futuros certames, se atente a destinar a participação exclusiva a microempresas e empresa de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em observância ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014.

Intimem-se as partes e seus procuradores da presente decisão, conforme art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG.

Após tomadas as providências cabíveis, determino o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, inciso I, do RITCEMG.

Na sequência, após o conselheiro Adonias Monteiro acompanhar o voto do relator, pedi vista dos autos para melhor análise do processo.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Na sessão da Segunda Câmara do dia 25/11/21, o relator, conselheiro Wanderley Ávila, propôs em seu voto a procedência parcial da presente denúncia.

Uma das questões abordadas no voto do relator refere-se à restrição do universo de licitantes às microempresas (MEs), empresas de pequeno porte (EPPs) e aos microempreendedores individuais (MEIs), sediados a uma distância máxima de 150km (cento e cinquenta quilômetros), em linha reta, da Prefeitura de Coromandel, nos termos do disposto nos subitens 9.1 e 9.2 do ato convocatório:

9.1- Poderão participar deste Pregão EXCLUSIVAMENTE as empresas definidas como: Microempresas (ME), Empresas de Pequeno Porte (EPP) e Micro Empreendedor Individual (MEI), desde que militem no ramo pertinente ao objeto desta licitação que se enquadrem e estejam de acordo com a Lei Complementar nº 123 de 14 de Dezembro de 2006 e Lei Complementar nº 147 de Agosto de 2014 e que estejam sediadas em um raio máximo de 150 KM (linha reta) da sede da Prefeitura Municipal de Coromandel - MG, conforme Art. 1º, § 2º II (âmbito regional) do Decreto Municipal nº 104 de 15 de Junho de 2020;

9.2 - Não poderão participar deste Pregão:

9.2.1- Os interessados que possuem sede da empresa licitante em um raio maior do que o previsto no item 9.1;

Observa-se, portanto, que a municipalidade impôs duas condições cumulativas à participação de interessados no certame: (a) que a empresa seja enquadrada como ME, EPP ou MEI e (b) que esteja situada a uma distância máxima da sede da Prefeitura.

No que se refere à legalidade da limitação geográfica imposta aos licitantes interessados no certame, o relator adotou o entendimento no sentido de que a “prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente é cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração, desde que presentes 03 (três) microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente” (fl. 10, peça nº 35). Para corroborar o entendimento adotado, citou precedente de sua relatoria, firmado na

Denúncia nº 1.084.435, apreciada em sessão da Segunda Câmara de 17/06/21, nos seguintes termos:

O art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/2006, permite à Administração Pública a prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, **sendo cláusula circunscrita ao poder discricionário da Administração optar pelo modo que melhor atende ao interesse público, desde que presentes no procedimento licitatório 3 (três) empresas sediadas no âmbito municipal, tendo em vista a busca pela promoção do desenvolvimento econômico e social no município.**

Nada obstante, registrou, quanto à exclusividade de participação de MEs, EPPs e MEIs, a existência de 04 (quatro) itens que ultrapassaram o teto de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), estabelecido no inciso I do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06. Concluiu, entretanto, não ter sido identificado, no caso concreto, prejuízo à Administração Pública ou restrição à competitividade, o que ensejou a expedição de recomendação à Administração Municipal, *in verbis*:

Desse modo, em que pese a justificativa apresentada, entendendo que a participação do certame apenas para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Microempreendedor Individual ensejaria a irregularidade editalícia, uma vez que, conforme mapa de apuração, 04 (quatro) itens ultrapassaram o limite legal, acarretando o não enquadramento na hipótese de exclusividade disposta no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006. Assim, a licitação deveria ser exclusiva apenas nos itens com valor inferior a R\$80.000,00, devendo ser assegurada a ampla concorrência nos itens com valor superior ao limite legal.

No entanto, em análise do caso concreto, não verifico a configuração de prejuízo para a Administração Pública ou restrição à competitividade, uma vez que participaram da licitação 4 (quatro) licitantes credenciados sediados local ou regionalmente, conforme demonstrado na Ata de Sessão de Abertura dos Envelopes e Julgamento das Propostas (peça 30 do SGAP), motivo pelo qual afasto o apontamento e deixo de aplicar multa aos responsáveis.

Todavia, faz-se necessário determinar ao gestor municipal que, em futuros certames, se atente a destinar a participação exclusiva a microempresas e empresa de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em observância ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014.

Inicialmente, cumpre reproduzir o teor dos arts. 47, 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/06:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

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.

§1º (Revogado).

§2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§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.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

[...]

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

[...]

A análise da legislação de regência permite constatar que ela estabelece às MEs e EPPs tratamento diferenciado, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Estabelecidos esses objetivos, estipula a supracitada legislação a exclusividade de participação nos certames públicos das MEs e EPPs em itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais) e, em paralelo, possibilita que, justificadamente, possa estabelecer a prioridade de contratação para MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, desde que cumpridos os ditames do art. 49 da Lei Complementar nº 123/06.

Nesse cenário, não merece reparos a conclusão do relator no sentido de que os itens de contratação cujo valor seja superior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais) devem ser destinados à ampla concorrência.

Por outro lado, cumpre esclarecer que os objetivos anunciados no art. 47 e a prerrogativa estabelecida no art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 não garantem à Administração a possibilidade de limitar geograficamente o espectro de licitantes aptos a participar do certame, consoante realizado pela Administração do Município de Coromandel e chancelado pelo relator. Na verdade, os referidos dispositivos fixam apenas, respectivamente, comando geral de tratamento diferenciado e critério de diferenciação das propostas entre licitantes.

Em outras palavras, entendo que o art. 47 impõe a necessidade de se conceder tratamento diferenciado e simplificado às MEs e EPPs e o art. 48, §3º, ao optar pela terminologia “prioridade” em detrimento de “exclusividade” – registra-se, empregado no mesmo art. 48, em seu inciso I –, estabelece tratamento mais favorável às MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, mas sem garantir à Administração a discricionariedade de restringir com base em critérios geográficos a participação de potenciais licitantes.

A possibilidade de se restringir a participação de licitantes sediados a uma distância considerável do município decorre das necessidades e características inerentes ao próprio

objeto, tendo fundamento no art. 6º, IX, c/c o art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93. Isso se dá, pois, quando da realização da fase interna do procedimento licitatório e da elaboração dos estudos técnicos preliminares para a definição detalhada do objeto a ser contratado, pode a Administração identificar que, por sua característica, seja necessário que o fornecedor ou prestador de serviço esteja localizado a determinada distância máxima da sede do município a fim de garantir a viabilidade técnica do que se pretende obter.

Trata-se, entretanto, de situação excepcional, uma vez que a Lei nº 8.666/93, veda ao administrador o estabelecimento de 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, sob pena de restrição ao caráter competitivo da licitação:

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.

§ 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; (destacou-se)

Assim, a imposição de excepcional restrição à participação de interessados em procedimentos licitatórios com base em critérios geográficos depende da demonstração concomitante da existência dos seguintes requisitos, em consonância com os ditames da Lei nº 8.666/93 e nos termos já decididos por este Tribunal nos autos da Consulta nº 887.734: as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantagem para a Administração, com fulcro no art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

Essa possibilidade não se confunde com a prerrogativa da Administração de deflagrar procedimento licitatório que preveja cláusula de tratamento diferenciado de propostas para as MEs e EPPs, nos termos do art. 47 c/c art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06, em que caberá também a demonstração dos ônus específicos deste compêndio legal, seja com a demonstração dos objetivos do tratamento diferenciado – quais sejam: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica –, seja com a demonstração da existência de um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório (art. 49, II, da Lei Complementar nº 123/06).

Em resumo, a possibilidade de realização de licitação exclusiva para empresas situadas a determinada distância do município, como ocorreu no caso em tela, não é decorrência do fato de as empresas participantes serem MEs e EPPs, com fulcro nas disposições da Lei Complementar nº 123/06. Na verdade, essa possibilidade decorreria de características específicas do objeto pretendido que tornem pertinente e/ou relevante que ele seja prestado por licitantes daquela circunscrição geográfica.

Portanto, considerando que a restrição geográfica é cláusula excepcional a ser empregada nos certames, essa opção deve vir devidamente justificada na fase interna do procedimento, a fim de que se demonstre que as características específicas daquele objeto fundamentam esse tratamento especial, sem impactar significativamente a competitividade da licitação, em conformidade com as vedações previstas no art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93. Noutro falar, deve restar comprovado que a restrição estabelecida no instrumento convocatório não é impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, mas uma condição para sua adequada obtenção pela Administração.

In casu, o edital do Pregão Presencial nº 013/2021, deflagrado pelo Município de Coromandel, em seu Anexo I – Termo de Referência, apresenta a seguinte justificativa para a restrição geográfica estipulada em seu subitem 9.1 (fl. 17, arquivo “EDITAL-PREGÃO (...)”, peça nº 02):

1 - JUSTIFICATIVA

1.1-A aquisição eventual e futura pneus novos, protetor e câmaras de ar se dá para atendimento às necessidades de manutenção da frota de veículos e máquinas, atendendo as necessidades das Secretarias e setores da Prefeitura Municipal de Coromandel. O certame será regionalizado admitindo-se a participação apenas para empresas que se enquadrem como Micro Empresas, Empresas de Pequeno Porte e Micro Empreendedor Individual, a fim de fomentar a economia local nos termos do Art. 1º, § 2º I (âmbito regional) do Decreto Municipal nº 104 de 15 de Junho de 2020;

1.2 – Ressalta-se que no âmbito regional para a aquisição de pneus novos, protetor e câmaras de ar, existem potenciais fornecedores, sendo que apenas no município de Coromandel-MG possui mais de 03 (três) fornecedores cadastrados e apto para fornecer o município, com entrega rápida e no preço de mercado, além de fomentar a economia regional;

Conforme se extrai, dois foram os motivos apresentados para fundamentar a restrição geográfica imposta no presente caso concreto: (i) a entrega rápida e no preço de mercado e (ii) o fomento à economia regional.

No que se refere à necessidade de entrega rápida dos produtos e no preço de mercado, estabelece o edital em sua Cláusula Quinta, I, do Anexo VII – Minuta da Ata de Registro de Preços (fl. 29, arquivo “EDITAL-PREGÃO (...)”, peça nº 02), que:

CLÁUSULA QUINTA - DO LOCAL E PRAZO DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

I - Em cada fornecimento, os produtos solicitados deverão ser entregues nos locais indicados pelo setor requisitante. Após a solicitação, o licitante terá o prazo de 07 (sete) dias para efetivar a entrega.

Ora, tendo em vista que o prazo para a efetiva entrega dos objetos contratados é de 07 (sete) dias, considero não haver qualquer elemento impeditivo ou potencialmente lesivo à economicidade para que empresas sediadas em distância superior à definida no edital possam fornecer o objeto licitado; ou seja, não há demonstração de característica específica do objeto que legitime a imposição de cláusula de limitação geográfica em troca de algum ganho de economicidade ou eficiência.

Diante disso, entendo que, no certame objeto deste processo, cujo objeto é o fornecimento eventual e futuro de pneus novos, protetores e câmaras de ar para equiparem a frota de veículos e máquinas pesadas da Prefeitura Municipal de Coromandel, não foi demonstrada satisfatoriamente a existência de elemento que denote a necessidade de proximidade geográfica da empresa fornecedora, especialmente considerando o prazo de entrega especificado na minuta do contrato. Registre-se que, mesmo em cenários em que seja verossímil a necessidade de

limitação de distâncias entre contratante e contratado em função do objeto a ser contratado, ainda existe o ônus para a Administração de motivar em seus instrumentos convocatórios sua decisão administrativa.

Diante desse panorama, ainda que a busca por fomentar a economia regional seja princípio a ser respeitado e promovido, este por si só não pode justificar o estabelecimento de cláusula de restrição geográfica.

Nesse sentido, já em análise preliminar, apontou a Unidade Técnica que “a análise do termo de referência revela que a restrição não está assentada nas particularidades dos objetos licitados ou na busca pela eficiência e economicidade administrativa, mas no intuito de ‘fomentar a economia regional’” (fl. 03, peça nº 13).

De mesmo modo, em análise definitiva quanto às justificativas apresentadas pela Administração em seu Termo de Referência e às razões de defesa apresentadas pelos responsáveis, apontou a Unidade Técnica (peça nº 29) que:

Inicialmente, cabe apontar que assiste razão aos responsáveis que “tem-se por razoável a opção do administrador delimitar a participação de empresas sediadas no referido raio de distância do Município de Coromandel, por estar de acordo com os preceitos da Lei Complementar n. 123/06, para promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, além de garantir a sustentabilidade exigida nas contratações públicas.”

Mas, a exigência à delimitação participação de empresas só será cabível se expressa sua justificativa no processo licitatório, ou seja, uma explicação do porquê da obrigação de que as empresas “estejam sediadas em um raio máximo de 150 KM (linha reta) da sede da Prefeitura Municipal de Coromandel – MG.”, conforme item 9.1 do Edital.

Vale ressaltar que o Decreto nº 104, de 15 de junho de 2015, no art. 1º, § 2º, inciso II, estabelece que o âmbito regional será definido e previsto em cada edital, atendendo as particularidades específicas de cada objeto (peça 23).

Entretanto, no caso em exame, como já bem fundamentado no relatório técnico (peça 13) a Administração, no Anexo I – Termo de Referência, item 1.2, do Edital, apresentou como motivação da restrição geográfica o fato de que “apenas o município de Coromandel-MG possui mais de 03 (três) fornecedores cadastrados e apto para fornecer o município”, cabível para justificar a exclusividade para participação de microempresas, microempreendedores, etc.

Vale ressaltar ainda que os responsáveis não se manifestaram quanto a ausência da justificativa plausível para a restrição geográfica, e, se limitaram a apresentar decisões deste Tribunal de Contas que foram favoráveis a contratações cujos editais possuíam cláusulas com limitação geográfica. Importante observar que as decisões citadas pelos responsáveis nos autos consideraram regulares as contratações com restrição geográfica desde que devidamente justificadas no instrumento convocatório e, após consulta a ata da realização do certame, tenha ocorrido uma ampla participação de empresas no certame.

No caso em exame, não consta dos autos documentação referente a fase interna e externa do Pregão Presencial nº 013/2021, porém, após consulta ao site da Prefeitura de Coromandel, acesso em 20/08/2021, localizou-se a Ata e o Mapa de Apuração do referido Pregão, sendo a documentação anexada ao relatório técnico: Anexo I e Anexo II, respectivamente.

De acordo com a Ata de Sessão de Abertura dos Envelopes e Julgamento das Propostas, referente ao Pregão Presencial nº 013/2021, ocorrida em 06/05/2021, constata-se a participação de quatro licitantes credenciadas, devidamente habilitadas durante o certame, sendo que todas são microempresas, a saber, Nacional Pneus e Baterias Ltda., Comave

Comércio de Pneus e Peças Ltda., Casa das Peças Serviços Automotores Eireli e Coroaauto Ltda. Me (Anexo I - ATA).

Das microempresas participantes do certame, informa-se que três estão localizadas no município de Coromandel, tendo sido atendido a previsão de exclusividade contida na regra da licitação exclusiva inserida no art.48, inciso I, que foi devidamente justificativa conforme o Anexo I – Termo de Referência, item 1.2, do Edital (peça 02) ao estabelecer que, para a aquisição de pneus novos, protetor e câmaras de ar, existem potenciais fornecedores, sendo que apenas no município de Coromandel-MG possui mais de 03 (três) fornecedores cadastrados e apto para fornecer o município, com entrega rápida e no preço de mercado, além de fomentar a economia regional.

Ainda de acordo com a Ata (Anexo I – ATA) das quatro microempresas participantes do certame, a empresa - Casas das Peças Serviços Automotores Eireli, tem sede na cidade de Patos de Minas, ou seja, encontra-se em um raio máximo de 150 KM (linha reta) da sede da Prefeitura Municipal de Coromandel – MG.”, conforme item 9.1 do Edital (peça 02).

Embora não se possa afirmar que a exigência contida no item 9.1 do Edital impediu ou restringiu a participação de outras licitantes que, se encontram em um raio máximo de 150 km da sede da Prefeitura Municipal de Coromandel, diante da participação de quatro microempresas no certame pode-se afirmar que ocorreu uma ampla participação de microempresas no certame.

Dessa forma, ainda que a Administração não tenha apresentado justificativas plausíveis a respeito da restrição geográfica, mostrando-se indevidamente restritivo, em razão da interpretação equivocada feita pela Prefeitura de Coromandel sobre o benefício contido no art. 48, §3º da Lei Complementar nº 123/06, materializada no item 9.1 do edital, considerando que houve uma ampla participação de microempresas no certame entende-se como procedente o presente apontamento.

Entretanto, recomenda-se aos atuais gestores do município de Coromandel que nos próximos editais, apresente justificativas plausíveis a respeito da restrição geográfica, não se equivocando sobre os benefícios contidos nos artigos da Lei Complementar nº 123/2006.

Assim, como bem exposto pela Unidade Técnica em ambos os pareceres (peça nº 13 e peça nº 29), a justificativa apresentada pela Administração em seu instrumento convocatório não demonstra, que a restrição fundamentou-se, cumulativamente, nas especificidades do objeto licitado, na pertinência técnica para o específico objeto licitado, no princípio da razoabilidade e na vantajosidade para a Administração.

Cumprе destacar, inclusive, que na Denúncia nº 1.058.765, de relatoria do conselheiro Gilberto Diniz, mencionada pelo relator destes autos para fundamentar sua decisão, fica claro que o fundamento para a restrição geográfica não é o art. 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123/06, mas que a limitação no universo de participantes deve ser motivada com base nas especificidades do objeto:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. FORNECIMENTO DE PNEUS NOVOS. PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. LIMITAÇÃO A SOCIEDADES EMPRESÁRIAS LOCAIS E REGIONAIS. PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL E REGIONAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL DE CONTAS. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. 1. O art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 2006, dispõe que deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, à ampliação da eficiência das políticas públicas e ao incentivo à inovação tecnológica. 2. **Este Tribunal de Contas já se manifestou no sentido**

de que a exclusividade na contratação de microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente, em licitação em que o valor dos itens é inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), observados os requisitos legais, encontra amparo no art. 47 da Lei Complementar nº 123, de 2006. 3. A licitação objeto da denúncia não foi destinada, exclusivamente, a microempresa e empresa de pequeno porte local e regional, nos termos das disposições contidas nos itens 3.4 e 6.3.1 do edital. 4. As justificativas dos responsáveis pela condução do pregão presencial, relativamente ao estabelecimento de raio de localização geográfica para potenciais participantes no certame, mostraram-se plausíveis, pois essa condição editalícia visou salvaguardar a satisfatória e eficaz execução do futuro contrato, para que serviços rotineiros e essenciais não sofressem a mínima solução de continuidade, e estão em conformidade com o entendimento do Tribunal em casos análogos⁵. (destacou-se)

Dado o exposto, entendo que o disposto nos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06 não legitima que a Administração, por discricionariedade administrativa, estipule restrição à participação de potenciais licitantes em razão da distância de localização de sua sede. O art. 48, §3º, da Lei Complementar nº 123/06 estabelece tão somente critério objetivo de prioridade para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente, e não cláusula de exclusividade para essas empresas em certames licitatórios. Assim sendo, considero ser irregular a restrição geográfica disposta no item 9.1 do instrumento convocatório.

No entanto, há que se ter em mente que existem julgados no âmbito desta Corte Contas, arrolados pelos responsáveis em sua defesa (peça nº 24) que dão suporte à interpretação adotada pelos gestores do Município de Coromandel. Em razão disso, à luz do disposto no art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DLINDB), entendo que não há que se falar em erro grosseiro dos responsáveis, não sendo cabível a aplicação de multa.

Assim, nos termos da manifestação técnica, considero que, além da falha atinente à impossibilidade de que os lotes com valor superior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais) sejam destinados exclusivamente a MEs e EPPs, é procedente o apontamento de irregularidade atinente à delimitação geográfica constante no item 9.1 do edital, razão pela qual acresço às recomendações propostas pelo relator a de que a Administração, em futuros certames, ao prever cláusula excepcional de restrição geográfica apresente justificativa que contemple as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, em consonância ao art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

III – CONCLUSÃO

Pelos fundamentos expostos, acompanho o relator pela procedência parcial da presente denúncia, dele divergindo tão somente quanto à procedência do apontamento de irregularidade relativo à indevida restrição geográfica imposta no item 9.1 do ato convocatório.

Em razão disso, acolho as recomendações propostas pelo relator, mas acrescento recomendação à Administração municipal para que, em futuros certames, ao prever cláusula excepcional de restrição geográfica apresente justificativa que contemple as especificidades do objeto licitado, a pertinência técnica para o específico objeto licitado, o princípio da razoabilidade e a vantajosidade para a Administração, em consonância ao art. 3º, *caput*, e §1º, I, c/c art. 6º, IX, todos da Lei nº 8.666/93.

⁵ Denúncia nº 1.058.765. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 30/05/19. Disponibilizada no DOC de 23/07/19.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Pela ordem, Senhor Presidente.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Pois não, Conselheiro.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Gostaria de alterar o meu voto e acompanhar o voto vista do Conselheiro Cláudio Terrão, pedindo vênica a vossa Excelência.

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

ENTÃO, FICA APROVADO O VOTO DIVERGENTE DO CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO, VENCIDO EM PARTE O CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA.

(PRESENTE À SESSÃO PROCURADORA SARA MEINBERG.)

dca/fg

