

**Processo:** 1107652  
**Natureza:** DENÚNCIA  
**Denunciante:** Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria  
**Denunciada:** Prefeitura Municipal de Estiva  
**Responsáveis:** Ana Paula Marques Mendonça, Douglas Moreira Machado  
**Procurador:** Carlos Eduardo de Oliveira Ribeiro, OAB/MG 88.410  
**MPTC:** Procuradora Maria Cecília Borges  
**RELATOR:** CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

### SEGUNDA CÂMARA – 27/6/2023

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RESTRIÇÃO TERRITORIAL E DIVERGÊNCIAS NA DEFINIÇÃO DA QUILOMETRAGEM. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO

1. É restritiva a cláusula editalícia que veda a participação de empresas em processo de falência, concordata ou recuperação judicial ou extrajudicial, sem oportunizar a apresentação de um Plano de Recuperação, aprovado no juízo competente, ou avaliar outros requisitos de habilitação econômico-financeira, que porventura garanta aos licitantes, nessa condição, o cumprimento das obrigações.
2. A limitação geográfica inserida pela Administração em instrumento convocatório, desde que se mostre razoável e pertinente ao objeto do certame, não caracteriza ofensa à competitividade.
3. A possibilidade ou não de participação de empresas reunidas em consórcio em procedimento licitatório constitui escolha discricionária do órgão licitante, nos termos do art. 33, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/1993, a ser avaliada frente à complexidade e vultuosidade financeira da contratação, de modo a perquirir a ampliação da competitividade e eficiência da contratação.
4. Não sendo a licitação de grande vulto e alta complexidade, a vedação para a participação de empresas reunidas em consórcio está implícita na natureza do objeto.

### ACÓRDÃO

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

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia, em razão das seguintes irregularidades apontadas em face do Pregão Presencial n. 51/2020, Processo Licitatório n. 220/2020, Registro de Preços n. 43/2020, deflagrado pela Prefeitura do Município de Estiva:
  - a) vedação da participação de empresas em recuperação judicial;
  - b) divergências na definição da quilometragem referente à restrição territorial;

- II) deixar de aplicar multa aos responsáveis, diante da ausência de prejuízo;
- III) recomendar aos atuais gestores que nos futuros procedimentos licitatórios:
  - a) excluam de seus editais a vedação à participação de empresas em recuperação judicial, abolindo-se ainda o termo “concordatária”, bem como excluam a exigência de certidão negativa no que se refere à recuperação judicial e extrajudicial;
  - b) incluam cláusula prevendo a apresentação, pelas licitantes em recuperação, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 e do art. 162 da Lei n. 11.101, de 2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira da licitante;
  - c) se abstenham de incluir nos editais licitatórios cláusulas capazes de gerar contradições e restrições à competitividade do certame, consoante o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93;
- IV) determinar a intimação das partes do teor desta decisão, conforme art. 166, II e § 1º, I, do RITCEMG;
- V) determinar, após tomadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos moldes do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres e o Conselheiro José Alves Viana.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 27 de junho de 2023.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente e Relator

*(assinado digitalmente)*

**SEGUNDA CÂMARA – 27/6/2023**

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA

**I – RELATÓRIO**

Trata-se de Denúncia, com pedido liminar, apresentada pela empresa Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria, por intermédio de seu representante legal, em face do Pregão Presencial n° 051/2020, Processo Licitatório n° 220/2020, Registro de Preços n° 43/2020, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Estiva, cujo objeto consiste na “aquisição de peças, componentes e acessórios que deverão ser originais ou genuínos, com certificado de procedência e de acordo com as características de cada veículo, para manutenção de veículos leves e pesados da frota municipal, em conformidade com as especificações constantes no anexo i deste edital, em atendimento à solicitação da secretaria municipal de transportes” (peça n° 2 do SGAP).

A documentação foi protocolizada e recebida como Denúncia em 16/09/2021, tendo sido distribuída à minha relatoria na mesma data (peça n° 5 do SGAP).

Em sede de despacho, à peça n° 6 do SGAP, determinei a intimação da Sra. Ana Paula Marques Mendonça, Pregoeira e signatária do edital, e do Sr. Douglas Moreira Machado, Diretor Municipal de Transportes, signatário do Termo de Referência, para que encaminhassem cópia das fases interna e externa do Pregão Presencial n° 051/2020, incluindo a ata da sessão do pregão e de julgamento, bem como esclarecimentos e justificativas.

Devidamente intimados, os requeridos apresentaram manifestação à peça n° 15 do SGAP e documentação às peças n°s 12/14 do SGAP.

Em análise ao pedido liminar de suspensão do certame, deixei de conceder a cautelar pleiteada por verificar prejuízo ao certame e ao interesse público, bem como em razão da configuração do *periculum in mora* inverso, em razão da essencialidade dos serviços de saúde prestado à população de Estiva na atual situação de pandemia da Covid-19, uma vez que o objeto do certame inclui o fornecimento de peças para veículos da Secretaria da Saúde (peça n° 17 do SGAP).

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, em sede de análise da documentação apresentada, se manifestou pela necessidade de conversão dos autos em diligência, a fim de que a Sra. Ana Paula Marques Mendonça, Pregoeira e Signatária do edital, apresentasse documentos que compõem a fase externa do certame, dentre eles a ata da sessão de julgamento, o termo de adjudicação, o termo de homologação, bem como os contratos ou notas de empenho, caso formalizados (peça n° 21 do SGAP).

Em atendimento à diligência, a requerida apresentou documentação, juntada às peças n°s 26/34 do SGAP.

Na sequência, os autos foram encaminhados à 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal (peça n° 38 do SGAP), que entendeu pela irregularidade quanto ao impedimento de participação de empresas em recuperação judicial, restrição territorial e divergências na definição das distâncias máximas da sede dos licitantes em relação à sede da Prefeitura Municipal de Estiva.

Por sua vez, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas realizou aditamento, à peça n° 40 do SGAP, apontando a irregularidade no edital no que se refere à vedação da participação de consórcios. Ainda, requereu a citação dos responsáveis para apresentação de defesa.

Nesse sentido, determinei a citação dos responsáveis, para que, querendo, apresentassem defesa acerca dos fatos relatados nesta Denúncia (peça n° 41 do SGAP).

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesa à peça n° 43 do SGAP.

Em sede de análise de defesa, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios entendeu pela procedência das seguintes irregularidades abordadas no relatório técnico inicial: (a) impedimento de participação de empresas em recuperação judicial; b) restrição territorial - divergências na definição das distâncias máximas do local dos licitantes em relação à sede da Prefeitura Municipal de Estiva, em afronta ao caput e inciso I do §1º do art. 3º da Lei n° 8.666/93 (peça n° 46 do SGAP). Ainda, concluiu pela improcedência do aditamento realizado pelo Ministério Público de Contas.

O Ministério Público de Contas, à peça n° 49 do SGAP, opinou pela procedência parcial dos apontamentos, bem como pela aplicação de multa aos responsáveis e emissão de determinação para que não mais pratiquem as condutas tidas como irregulares, de modo a providenciar o monitoramento por meio da Unidade Técnica.

É o relatório, em síntese.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### II.1 – Vedação da participação de empresas em recuperação judicial

Em síntese, a Denunciante sustentou a irregularidade do edital do Pregão Presencial n° 051/2020 deflagrado pela Prefeitura Municipal de Estiva, diante da vedação da participação de empresas em recuperação judicial. Ponderou que tal vedação frustra o caráter competitivo do certame.

Em sede de Decisão Monocrática, uma vez não constatado o *periculum in mora*, não concedi a cautelar pleiteada (peça n° 17 do SGAP).

A 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em análise inicial da Denúncia, entendeu pela procedência das alegações da Denunciante, sob o fundamento da inexistência de vedação legal à participação de empresas em recuperação judicial em licitações sem justificativa plausível (peça n° 38 do SGAP).

Em manifestação preliminar, peça n° 40 do SGAP, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas se absteve de manifestar acerca da irregularidade ora denunciada. Requereu, todavia, a citação dos responsáveis para apresentarem defesa.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram defesa à peça n° 43 do SGAP, e sustentaram que o edital apenas previu a impossibilidade de participação da empresa que não possua certidão emitida pela instância judicial competente, certificando que a interessada está apta econômica e financeira a participar de procedimento licitatório.

Afirmaram que o interessado em participar da licitação deveria demonstrar a autorização da empresa em efetuar negócios com terceiros e a saúde financeira mínima indispensável para tanto.

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, após análise das defesas apresentadas, reiterou o entendimento proferido pela 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (peça n° 46 do SGAP).

Por sua vez, o Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais, à peça n° 49 do SGAP, se absteve de manifestar acerca do referido apontamento, e opinou pela procedência parcial da Denúncia e aplicação de multa aos responsáveis. Ainda, pugnou pela emissão de determinação

aos responsáveis ou a quem lhes haja sucedido para que não mais pratiquem as condutas tidas como irregulares, bem como o monitoramento por meio da Unidade Técnica.

De início, sobreleva destacar o subitem 6.5.1 do edital do Pregão Presencial nº 051/2020, Registro de Preços nº 43/2020, objeto de irrisignação, que veda a participação de empresas concordatárias ou em processo de falência, bem como o subitem 6.4.1 que exige a certidão negativa de falência ou concordata para fins de qualificação econômico-financeira (peça nº 2 do SGAP):

#### **6.4. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA**

6.4.1. Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, no domicílio da pessoa física, expedida há menos de 60 (sessenta) dias da data de realização deste certame.

#### **6.5. Não será permitida a participação de empresas:**

6.5.1. Concordatárias ou em processo de falência, sob concurso de credores, em dissolução ou em liquidação; (Grifo original)

Conforme asseverado em sede de Decisão Monocrática, juntada à peça nº 17 do SGAP, esta Corte de Contas tem entendido como restritiva a vedação à participação de licitantes em processo de falência, concordata, ou recuperação judicial ou extrajudicial, sem que seja oportunizada a apresentação de um Plano de Recuperação, aprovado no juízo competente, ou que seja avaliado outros requisitos de habilitação econômico-financeira, que porventura garanta aos licitantes o cumprimento das obrigações.

Nessa esteira, a Lei nº 11.101/2005, Lei de Falências, 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, a exemplo do disposto no art. 52, II, que prevê a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades.

Destaco a Denúncia nº 1.101.692, sob minha relatoria, cujo voto foi apreciado pela Segunda Câmara em sessão do dia 10/02/2022, vejamos:

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.

[...] 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. [...]

No mesmo sentido, destaco a Decisão Monocrática proferida nos autos da Denúncia nº 1.058.870, apreciada em sede de Sessão Ordinária da Segunda Câmara, no dia 21/03/2019, oportunidade na qual concedi a cautelar pleiteada diante da vedação da participação de empresas em recuperação judicial:

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. [...]

Ainda, registro que o próprio legislador alterou o art. 52, II, da Lei de Falências, mediante a Lei nº 14.112/2020: retirou o trecho “exceto para contratação com o Poder Público” de seu teor e restringiu o impedimento da pessoa jurídica de contratar com o Poder Público tão somente nos casos em que esta possuir débito com o sistema da seguridade social, nos termos do art. 195, §3º, da CRFB/88. Veja-se a redação antiga do art. 52, II, e a nova:

**Antiga redação**

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, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

**Nova redação dada pela Lei n. 14.112/2020**

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;

Nesse mesmo sentido caminhou a Nova Lei de Licitações n. 14.133/2021 que, para fins de habilitação econômico-financeira dos licitantes, exigiu tão somente, em seu art. 69, II, a certidão negativa de feitos sobre falência – excluindo-se, portanto, a certidão negativa de recuperação judicial e extrajudicial. Veja-se:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Patente, pois, o desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio no sentido de estimular a recuperação das empresas. Desta feita, alinhando-me às alterações legislativas mais recentes, entendo que as empresas recuperandas devem ser submetidas a tratamento idêntico, para fins de habilitação no certame, às demais licitantes, diferenciando-se destas tão somente quanto à necessidade de se demonstrar o cumprimento do plano de recuperação aprovado e homologado

pelo juízo competente, na forma do art. 58 e do art. 162 da Lei n. 11.101/2005, para análise das exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato, comportando, inclusive, a promoção de diligências junto ao Poder Judiciário para a obtenção de informações atualizadas.

No entanto, em que pese a irregularidade apontada pela denunciante, conforme justificativas apresentadas à peça n° 15 do SGAP, 7 (sete) empresas participaram do certame, conforme Ata da Sessão do Pregão Presencial n° 051/2020, Registro de Preços n° 43/2020 (fls. 711/712, peça n° 12 do SGAP).

Ademais, entendo não ter restado comprovado nos autos que algum licitante deixou de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial, motivo pelo qual não verifico prejuízo concreto ao interesse público e supedâneo para responsabilizar os responsáveis.

Lado outro, com fulcro na função pedagógica deste Tribunal de Contas, entendo ser necessária a expedição de recomendação aos atuais gestores para que, nos próximos certames: a) excluam de seus editais a vedação à participação de empresas em recuperação judicial, abolindo-se ainda o termo “concordatária”, bem como excluam a exigência de certidão negativa no que se refere à recuperação judicial e extrajudicial; e b) incluam cláusula prevendo a apresentação, pelas licitantes em recuperação, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 e do art. 162 da Lei n. 11.101, de 2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira da licitante.

## **II.2 – Restrição territorial constituindo ilegalidade e divergências na definição da quilometragem**

Em síntese, a Denunciante apontou a ilegalidade do edital licitatório ao prever, em seu subitem 1.1.4, a contratação de empresas cuja sede ou filial esteja numa distância máxima de 50km (cinquenta quilômetros), contados da sede da Prefeitura Municipal de Estiva, de modo a ensejar a restrição ao caráter competitivo do certame.

Ainda, apontou a incongruência e a insegurança jurídica no que se refere às demais restrições territoriais previstas no edital licitatório, uma vez que o subitem 6.5.4.1 prevê a restrição de 100km (cem quilômetros), enquanto o subitem 1.1.8 prevê a restrição de 45km (quarenta e cinco quilômetros). Ainda, salientou que o subitem 1.4 prevê o raio de 50km (cinquenta quilômetros) para os beneficiários da Lei Complementar n° 123/2006.

Em sede de análise inicial da Denúncia, juntada à peça n° 38 do SGAP, a 3ª Coordenadoria de Fiscalização Municipal, assim manifestou-se:

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

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

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

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

Por fim, a Coordenadoria entendeu pela irregularidade da restrição territorial da licitação, sem justificativa razoável, e contradições de distância máxima para participação na licitação em afronta à Lei Federal nº 8.666/93.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por sua vez, se absteve de manifestar acerca do apontamento e requereu a citação dos responsáveis (peça nº 40 do SGAP).

Em sede de defesa, os responsáveis sustentaram que a determinação da localização geográfica visava assegurar a observância do critério do menor preço da contratação, tendo em vista a logística exigida da licitante vencedora (peça nº 43 do SGAP).

A 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, em sede de análise de defesa (peça nº 46 do SGAP), entendeu pela restrição territorial da licitação, sem justificativa razoável e com contradições de distância máxima para participação na licitação em afronta ao disposto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93.

Na mesma esteira, o Ministério Público de Contas opinou pela procedência parcial dos apontamentos, bem como aplicação de multa aos responsáveis e recomendação para que se abstenham de praticar as condutas tidas como irregulares.

Pois bem.

Verifico que as irregularidades apontadas no instrumento convocatório, ora analisadas, consistem na suposta restrição à competitividade do certame e na inconsistência editalícia, diante da previsão de limitação territorial.

Inicialmente, no que se refere à restrição geográfica alegada pela Denunciante, o entendimento que prevalece nesta Corte de Contas é no sentido de que a delimitação geográfica em procedimentos licitatórios pode ocorrer, desde que tal medida vise a economicidade, conforme minutas que abaixo colaciono:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE VEÍCULOS ZERO QUILOMETRO. EXIGÊNCIA DE QUE O OBJETO SEJA FORNECIDO APENAS POR CONCESSIONÁRIAS AUTORIZADAS OU FABRICANTES. CLÁUSULA DE LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA. EXIGÊNCIA DE CARTA DE SOLIDARIEDADE. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. REGULAMENTAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO E DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. RECOMENDAÇÃO.

(...)

3. Mostra-se razoável a imposição de limite de localização geográfica às licitantes, tendo em vista a natureza do serviço contratado, uma vez que respeitados os princípios da economicidade, eficiência e vantajosidade da contratação.

(TCE/MG – Denúncia 1110073, Relator Conselheiro Cláudio Couto Terrão, Segunda Câmara, julgamento em 09/12/2021, publicação do acórdão 21/01/2022).

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. EDITAL. DELIMITAÇÃO GEOGRÁFICA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VEDAÇÃO À SUBCONTRATAÇÃO. REGULARIDADES. ARQUIVAMENTO.

1. A delimitação geográfica em procedimento licitatório pode ser feita pelo gestor público em razão do interesse público, observando a preservação da relação custo-benefício e a escolha da melhor proposta.

2. A vedação à subcontratação em edital de licitação pode ser imposta pela Administração Pública, de acordo com sua conveniência, visando sempre o interesse público.

(TCE/MG – Denúncia 1024487, Relator Conselheiro Durval Ângelo, Primeira Câmara, julgamento em 10/11/2020, publicação do acórdão 25/11/2020).

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA JUSTIFICADA. EXIGÊNCIA DE PRIMEIRO REGISTRO EM NOME DO MUNICÍPIO. LICITUDE. “CARTA DE SOLIDARIEDADE”. DOCUMENTO NÃO EXIGIDO NO EDITAL. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

1. As justificativas apresentadas para a exigência editalícia de limitação geográfica para prestação de serviços de assistência técnica mostram-se compatíveis com o objeto do certame, uma vez que eventuais gastos no deslocamento dos veículos da Prefeitura para manutenção, em cidades distantes, poderiam comprometer a economicidade da contratação.

(...)

(TCE/MG – Denúncia 1114469, Relator Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, Primeira Câmara, julgamento em 24/05/2022, publicação do acórdão 01/06/2022).

Nessa esteira, ressalto que comungo com os entendimentos acima expostos, a exemplo do voto proferido nos autos Denúncia nº 1.098.589, de minha relatoria, apreciada por unanimidade na Sessão da Segunda Câmara do dia 20/10/2022, conforme trechos que abaixo transcrevo:

Com efeito, a limitação geográfica possui potencial de restringir a participação de empresas em certames licitatórios, mas, a depender das especificações da contratação, ela se mostra imprescindível, especialmente em situações excepcionais que tratam de objetos bastante específicos.

Sobre o tema, destaco a lição de Marçal Justen Filho:

Ou seja, admite-se a consagração de critério de localização geográfica do estabelecimento do licitante se tal for indispensável à execução satisfatória do contrato e se a localização geográfica envolver distinções econômicas pertinentes à avaliação da vantajosidade da proposta.

[...]

Somente será válido o edital que estabelecer critério de cunho geográfico compatível com o princípio da proporcionalidade. Isso significa a necessidade de evidenciar que a fixação de um critério geográfico determinado era (a) indispensável à satisfação da necessidade objeto da contratação, (b) foi realizada de modo a assegurar a mais ampla participação de potenciais interessados e (c) não infringiu outros princípios constitucionais pertinentes. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2014, pág. 98)

[...]

Assim, as características do objeto licitado, inclui o fornecimento de pneus e diversos serviços relativos à manutenção preventiva e corretiva nos veículos, a restrição de distância atende a critérios técnicos de eficiência, tais como dispêndio de combustível e tempo para deslocamento, além do que visa o atendimento do interesse público e se mostra favorável à ampliação da competição, pois abrange vários municípios situados dentro do raio de 80 km da sede do Município de Naque, não estando configurada qualquer transgressão aos princípios licitatórios, conforme alegado pelo Denunciante.

Ademais, não merece prosperar a alegação do Denunciante de que a exigência só é economicamente interessante no caso da prestação de serviços, visto que o valor gasto com o transporte para a entrega dos pneus será repassado à Administração pública, pois a proposta apresentada pelos licitantes não engloba o preço do bem puramente, mas também todos os custos operacionais que a empresa terá.

Desse modo, tendo em vista a apresentação de justificativas no Edital, e considerando que a medida mostrou-se razoável e proporcional e visou garantir a economicidade, julgo regular a delimitação geográfica presente no Edital.

Assim, na linha do entendimento acima exposto, e, diante da justificativa apresentada pelos responsáveis, entendo que a limitação territorial, ou delimitação geográfica, se mostra compatível com o princípio da proporcionalidade.

Ultrapassada a análise do critério de cunho geográfico previsto no edital, passo ao exame das divergências na definição da quilometragem definida. Nesse sentido, vejamos as previsões editalícias (peça nº 2 do SGAP):

#### **CLÁUSULA PRIMEIRA - DO OBJETO**

**1.1.4 – A licitação destina-se a contratação de empresa cuja sede ou filial esteja numa distância máxima, de cinquenta quilômetros (50Km), a ser contado em rodovia federal e/ou estadual, contados da sede da Prefeitura Municipal de Estiva (MG).**

[...]

**1.1.8. Com base no §3º do art.48 da Lei 123/2006, será observado o benefício de prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.**

**1.1.9. Considerar-se-á como empresa local aquela sediada no município de Estiva e como empresa regional aquela sediada num raio de até 45Km (quarenta e cinco) quilômetros da cidade de Estiva.**

#### **CLÁUSULA SEXTA - DA HABILITAÇÃO**

**6.5. Não será permitida a participação de empresas:**

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

#### **TERMO DE REFERÊNCIA**

a) DO OBJETO:

[...]

1.3 - Com base no § 3º do art. 48 da Lei 123/2006, será observado o benefício de prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

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

[...]

#### **6. DAS CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO DO OBJETO**

[...]

6.4 Todos os objetos deverão ser entregues por empresas localizadas a uma distancia1 não superior a 45 (quarenta e cinco) quilômetros da sede do município, com acesso por vias oficiais pavimentadas.

Com efeito, conforme abordado em sede de Decisão Monocrática (peça nº 17 do SGAP), assiste razão ao denunciante quanto às divergências verificadas no instrumento convocatório em relação à quilometragem.

Isto pois, o edital prevê no subitem 1.1.4 a contratação de empresa cuja sede ou filial esteja a distância máxima de 50km da sede da Prefeitura, não constando que a restrição visa a prioridade de contratação de ME e EPP sediadas regionalmente, como constou no subitem 1.1.9, porém, nesse item, incoerentemente, consta a distância de até 45km da cidade de Estiva.

Lado outro, no subitem 6.5.4.1 consta que “a distância de 100km a ser considerada será medida a partir de estradas oficiais pavimentadas”, não deixando claro que veda a participação de empresas que estejam situadas a distância superior a essa, mas deixando implícito.

Destarte, no Anexo I do edital - Especificação do Objeto, consta a distância de até 45km da cidade de Estiva. E no Anexo VII – Termo de Referência, verifica-se no subitem 1.4 que a distância considerada será de 50km. E, em contradição, o seu subitem 6.4 registra a distância de 45km.

No entanto, em resposta à diligência (peça nº 15 do SGAP), restou informado que 7 (sete) empresas participaram do certame e que nenhuma foi impedida de participar em razão das citadas exigências.

Ademais, sobreleva destacar que a Lei Complementar nº 123 de 2006 prevê o tratamento diferenciado para microempresas – ME e empresas de pequeno porte – EPP, vejamos:

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

[...]

§ 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 econômico e social, 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.”

Esta Corte de Contas respondeu nos seguintes termos à Consulta nº 887.734, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão julgada pelo Plenário desta Corte em 03/07/2013, vejamos:

CONSULTA – ESTATUTO NACIONAL DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE – TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – HIPÓTESES EM QUE A LEI PROÍBE O TRATAMENTO DIFERENCIADO – ART. 49 DA LC N. 123/2006 – ALCANCE DA EXPRESSÃO “REGIONALMENTE”, PARA FINS DO ART. 49, INCISO II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 – DELIMITAÇÃO E DEFINIÇÃO EM CONFORMIDADE COM AS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO, NECESSARIAMENTE JUSTIFICADO – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DO DISPOSTO NO ART. 47 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006.

- a) O alcance da expressão “regionalmente”, para fins do art. 49, inciso II, da Lei Complementar n. 123/06, deve ser delimitado, definido e justificado pela própria Administração, no âmbito de cada procedimento licitatório.
- b) Quando da delimitação e da definição, o Administrador deverá demonstrar, motivadamente, que foram levados em consideração as particularidades do objeto licitado, bem como o princípio da razoabilidade e os objetivos do tratamento diferenciado dispensado às MEs e EPPs, previstos no art. 47 da Lei Complementar n. 123/06.

Ademais, a justificativa consta do Anexo VII – Termo de Referência, nos subitens 1.5 e 1.6 no sentido de que a fixação do raio de 45km (quarenta e cinco quilômetros) visa ao “desenvolvimento da economia local e regional, uma vez que proporcionará a geração de mais emprego e renda. Considerando que muitos municípios de Estiva possuem trabalhos fora do território Estivense, mas em cidades localizadas dentro do raio determinado pelo sub item anterior” [sic], podendo gerar empregos que os habitantes de Estiva possam ocupar, e, ainda, visando a obtenção de proposta mais vantajosa, uma vez que, para empresas localizadas em distâncias maiores a vantagem do menor preço ficaria prejudicada, em razão do maior custo, gerando menor percentual de desconto.

Desta feita, em que pese a irregularidade no que se refere às divergências na definição da quilometragem definida no edital do Pregão Presencial n° 051/2020, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Estiva, dada a considerável participação no certame, entendo que as incoerências registradas não cercearam a participação dos interessados. Ainda, restou constatado, também, que nenhuma licitante foi desqualificada a participar do certame em razão da sua localização em relação à sede da prefeitura ou do município, conforme Ata anexada à peça n° 12 do SGAP.

Assim, não tendo restado configurado prejuízo no caso concreto, deixo de aplicar multa aos responsáveis.

Lado outro, entendo ser necessária a expedição de recomendação aos atuais gestores para que, nos próximos certames, se abstenham de incluir nos editais licitatórios cláusulas capazes de gerar contradições e restrições à competitividade do certame, consoante o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei n° 8.666/93.

### **III.2 – Vedação de participação de empresas em consórcio**

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em sede de manifestação preliminar (peça n° 40 do SGAP), apresentou aditamento, apontando a irregularidade na vedação à participação de consórcios, sem a devida motivação, consubstanciada no subitem 6.5.3 do edital licitatório.

Os responsáveis apresentaram defesa à peça n° 43 do SGAP, afirmando que a admissão de consórcios é imposta pelo ordenamento jurídico em se tratando de consórcios em grandes ou heteróclitas licitações, “sob pena de restar asfixiado o princípio da competitividade e, em algumas circunstâncias, a própria licitação acabar convertida em procedimento inidôneo e ineficaz”.

Em sede de análise de defesa (peça n° 46 do SGAP), a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios entendeu pela improcedência do fato representado pelo Ministério Público de Contas.

Lado outro, o Ministério Público de Contas entendeu pela procedência parcial da Denúncia, bem como aplicação de multa aos responsáveis e determinação aos responsáveis para que não pratiquem as condutas tidas como irregulares (peça n° 49 do SGAP).

Pois bem.

Inicialmente, sobreleva destacar a previsão editalícia ora impugnada (peça n° 2 do SGAP):

6.5. Não será permitida a participação de empresas: [...]

6.5.3. **Que estejam reunidas em consórcio** e sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si, ou ainda, qualquer que seja sua forma de constituição. (Grifo nosso)

Acerca da temática, ressalto que, na esteira das decisões desta Corte de Contas, venho proferindo votos no sentido de que a permissão ou não de participação de empresas em consórcio exige análise individual e contextualizada do objeto da licitação.

Nesse sentido, nas hipóteses de licitações de grande vulto e maior complexidade do objeto, quando se verificar que a vedação poderá prejudicar a ampla participação e comprometer a competitividade do certame, essa vedação deverá ser devidamente justificada no instrumento convocatório.

Isto pois, alinhado à jurisprudência deste Tribunal de Contas, a permissão à participação de empresas reunidas em consórcio se justifica nas hipóteses em que seja necessário à garantia da competitividade, quando individualmente não são capazes de prestar os serviços ou fornecer o bem, ou, ainda, quando necessitam reunir experiência técnica.

Acerca do exposto, apresento trechos da decisão proferida nos autos da Denúncia nº 1.110.101, de minha relatoria, apreciada por unanimidade pela Segunda Câmara, na sessão do dia 15/09/2022, vejamos:

E, quanto ao objeto da aquisição em tela verifico que esse não possui nenhuma complexidade que levasse à necessidade de reunião de empresas para fornecê-lo, ou somar qualificações econômico-financeiras e qualificações técnicas, ao contrário. Tampouco se poderia cogitar da necessidade de justificativa para a sua vedação, pois essa se encontra expressa na própria natureza do objeto, eximindo o gestor de apresentar motivação para a proibição de consórcio de empresas.

Sobre o exposto acima, é pertinente citar decisão da Segunda Câmara nos autos da Denúncia nº 1058586, senão vejamos:

[...] Analisando o disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/1993, é possível depreender que a participação de empresas em consórcios está, de fato, na margem de discricionariedade do administrador, devendo ser avaliada, em cada caso, a conveniência e a oportunidade em ampliar a competição do certame por meio da participação de consórcios. É de se ressaltar que a vedação ou permissão de participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade.

Bem como, cito também trecho de decisão da Primeira nos autos da Denúncia nº 958244, nos seguintes termos:

Em determinadas circunstâncias de mercado, ou em licitações com objeto complexo, que envolvem custos vultosos, as coligações empresariais podem fomentar a competitividade, permitindo a participação de empresas que, isoladamente, não teriam condições de concorrer de forma competitiva.

Noutro ponto, permitir a participação de consórcios de empresas no presente caso, de baixa complexidade, poderia reduzir o universo da disputa com a reunião de empresas que competiriam entre si.

Desse modo, a possibilidade ou o impedimento de participação de consórcio de empresas em processo licitatório deve ser baseado na natureza e na complexidade do objeto, na ampliação da competitividade, na vultuosidade dos custos envolvidos e nas circunstâncias de mercado, entre outros aspectos relevantes.

Por todo o exposto, resta reconhecer a improcedência do aditamento em tela.

No mesmo sentido, destaco a minuta da Denúncia nº 1.053.857, de relatoria do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, apreciado pelo Colegiado da Segunda Câmara do dia 18/08/2022, *in verbis*:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. OBRAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA E DE VALOR SIGNIFICATIVO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. A possibilidade ou o impedimento de participação de consórcio de empresas em processo licitatório deve ser baseado na natureza e na complexidade do objeto, na ampliação da competitividade, na vultosidade dos custos envolvidos e nas circunstâncias de mercado, entre outros aspectos relevantes. 2. Considera-se razoável a vedação de consórcios com o propósito de ampliar o número de potenciais interessados no certame quando o objeto licitado não envolver serviços complexos que exijam atuação de empresas com especialidades distintas. [...]

Compulsando a defesa apresentada pelos responsáveis (peça nº 43 do SGAP), bem como o edital do Pregão Presencial nº 051/2020 deflagrado pela Prefeitura Municipal de Estiva, cujo objeto consiste na “aquisição de peças, componentes e acessórios que deverão ser originais ou genuínos, com certificado de procedência e de acordo com as características de cada veículo, para manutenção de veículos leves e pesados da frota municipal (peça nº 2 do SGAP), entendo pela ausência de complexidade que levasse à necessidade de participação de empresas em consórcio.

Ademais, verifico que a possibilidade ou não de participação de empresas reunidas em consórcio em procedimento licitatório constitui ato discricionário do órgão licitante, nos termos do disposto no art. 33, *caput*, da Lei nº 8.666/93, vejamos:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

Desta feita, diante da ausência de complexidade do objeto licitatório, não há que se falar em obrigatoriedade de justificativa da vedação à participação de empresas em consórcio, diante da

ausência de necessidade de que tais consórcios figurassem como licitantes, motivo pelo qual concluo pela improcedência do apontamento.

### III – CONCLUSÃO

Nos termos da fundamentação, **voto pela procedência parcial da Denúncia**, em razão das seguintes irregularidades apontadas em face do Pregão Presencial nº 51/2020, Processo Licitatório nº 220/2020, Registro de Preços nº 43/2020, deflagrado pela Prefeitura do Município de Estiva:

- a) Vedação da participação de empresas em recuperação judicial;
- b) Divergências na definição da quilometragem referente à restrição territorial.

Deixo, contudo, de aplicar multa aos responsáveis, diante da ausência de prejuízo.

Recomendo aos atuais gestores que nos ulteriores procedimentos licitatórios:

- 1) excluam de seus editais a vedação à participação de empresas em recuperação judicial, abolindo-se ainda o termo “concordatária”, bem como excluam a exigência de certidão negativa no que se refere à recuperação judicial e extrajudicial;
- 2) incluam cláusula prevendo a apresentação, pelas licitantes em recuperação, de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 e do art. 162 da Lei n. 11.101, de 2005, devendo ser considerado na análise da documentação de habilitação, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira da licitante;
- 3) se abstenham de incluir nos editais licitatórios cláusulas capazes de gerar contradições e restrições à competitividade do certame, consoante o disposto no art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

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

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

É como voto.

\* \* \* \* \*