

**Processo:** 1119755

**Natureza:** DENÚNCIA

**Denunciante:** Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria

**Denunciados:** Gilberto Damas de Souza (Prefeito), Emerson Oliveira Vieira (Procurador-Adjunto da Prefeitura), Hugo Sousa Ferreira (Responsável pelo Departamento de Frotas), José Fernando Pereira (Pregoeiro)

**Jurisdicionada:** Prefeitura Municipal de Faria Lemos

**MPTC:** Procuradora Maria Cecília Borges

**RELATOR:** CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

### **SEGUNDA CÂMARA – 1/8/2023**

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PEÇAS PARA VEÍCULOS. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECOMENDAÇÃO. FRACIONAMENTO DO OBJETO. REGULARIDADE. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. O licitante em recuperação judicial não pode ser impedido de participar de certame ou ser inabilitado de pronto. Na verdade, os demais requisitos afetos à habilitação econômico-financeira devem ser analisados, incluindo a análise se o plano de recuperação, porventura vigente, atende às exigências indispensáveis à garantia do fiel cumprimento das obrigações do futuro contrato.
2. Há possibilidade de fracionamento do objeto a ser licitado, quando demonstrada a viabilidade técnica e econômica de tal ato, nos termos do disposto no § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/1993.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expandidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia, em face da vedação à participação no certame de empresa em recuperação judicial;
- II) deixar de aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo da recomendação constante da fundamentação desta decisão, considerando a ausência de documento relativo à impugnação do edital e a inexistência, nos autos, de notícia de que alguma licitante foi impedida de participar por estar em recuperação judicial;

- III) determinar a intimação da denunciante e dos denunciados acerca do inteiro teor desta decisão e, findos os procedimentos pertinentes, o arquivamento do processo, a teor do previsto no inciso I do art. 176 do Regimento Interno.

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

Presente à sessão a Procuradora Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 1º de agosto de 2023.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente

HAMILTON COELHO  
Relator

*(assinado digitalmente)*

**SEGUNDA CÂMARA – 1/8/2023**

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO

**I – RELATÓRIO**

Tratam os autos de denúncia, com pedido liminar, formulada por Abreu Machado – Apoio Administrativo e Assessoria, em face do Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 012/2022, Processo Licitatório n.º 030/2022, do Município de Faria Lemos, cujo objeto é:

“o registro de preços, para futuras e eventuais aquisições de peças, no que tange aos veículos automotivos (Veículos Leves, Médios e Pesados; Maquinas Pesadas e Tratores - peças mecânicas, elétricas), como referência de preço, via Tabela de Preço: Peça de reposição Montadora/Genuína ou peça legítima os preços estarão submetidos às tabelas das montadoras e peça de reposição Fabricante/Original, que atendam às mesmas especificações técnicas e padrões de qualidade daquelas produzidas pelos fabricantes das peças originais nos termos estabelecidos na nomenclatura e normas de fabricação da ABNT NBR 15296 para autopeças e suas possíveis alterações, tendo como referência a tabela supracitada a do Sistema TRAZVALOR” (peça n.º 2, arquivo “*PREF FARIA LEMOS.pdf*”).

A denunciante, após tecer considerações acerca dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, legalidade, moralidade, impessoalidade e igualdade, questionou a exigência de certidão negativa de recuperação judicial, sem que fosse permitida a apresentação de plano homologado, colacionando, nesse sentido, decisões do Tribunal de Contas da União – TCU e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP.

Salientou, também, que não foi apresentado estudo para justificar a divisão em itens de valores inferiores ao limite legal de R\$80.000,00 (oitenta mil reais) para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, o que caracterizaria tentativa de fraudar o caráter competitivo do certame, requerendo, por fim, a suspensão do procedimento licitatório.

Antes de analisar o pedido liminar, por cautela, determinei a intimação dos denunciados para oitiva prévia acerca da denúncia, bem como para justificar a proibição de participação de empresas em concordata, prevista no item 4.2.5 do edital (peça n.º 6).

Em resposta, os responsáveis enviaram os documentos acostados às peças n.º 13/57.

Na sequência, indeferi o pedido de suspensão liminar do processo licitatório, por não vislumbrar a existência de elementos de convicção que justificassem a intervenção cautelar no certame (peça n.º 59).

Em exame inicial, a unidade técnica concluiu pela procedência parcial da denúncia, sugerindo a citação dos gestores (peça n.º 68).

Por sua vez, o Órgão Ministerial manifestou-se pela extinção da denúncia, sem julgamento do mérito, sob o fundamento de “falta de utilidade do provimento a ser exarado pelo Tribunal”, consubstanciada na carência de ação, por falta de interesse processual (peça n.º 70).

Determinei a citação do Prefeito Gilberto Damas de Souza, do Procurador-Adjunto da Prefeitura Emerson Oliveira Vieira, do responsável pelo Departamento de Frotas Hugo Sousa

Ferreira e do Pregoeiro José Fernando Pereira (peça n.º 71), que apresentaram defesa conjunta acostada às peças n.º 80/83.

Em nova análise, o órgão técnico, à peça n.º 85, acolheu as razões de defesa, manifestando-se pelo arquivamento dos autos. O *Parquet*, a seu turno, reiterou seu parecer anterior, pugnando pela extinção do processo sem resolução do mérito (peça n.º 88).

É o relatório, no essencial.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo a apreciar as irregularidades apontadas nos presentes autos, cotejando-as com as razões e documentos apresentados pela defesa, o estudo técnico promovido pela unidade competente e o parecer ministerial.

### 1. Vedação de participação de empresa em recuperação judicial

A denunciante aponta irregularidade no item 4.2.5 do edital, ao vedar-se a participação de pessoas jurídicas em recuperação judicial, sem análise prévia do plano de recuperação homologado e da capacidade financeira da empresa, em desconformidade com decisões desta Corte de Contas e do Tribunal de Contas da União – TCU.

Em oitiva prévia, os denunciados afirmaram não ter havido má-fé na vedação da “participação de empresas em concordata”, mas que a Administração Municipal cometeu mero equívoco, a ser corrigido nos próximos certames. Nesse sentido, por economia processual, pugnaram pela continuidade do procedimento licitatório, esclarecendo que não houve impugnação ou inabilitação de licitante em função desse item editalício, de forma que tal previsão não acarretou prejuízo às empresas interessadas.

A unidade técnica, inicialmente, colacionou decisões do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Tribunal de Contas de São Paulo, bem como precedentes desta Corte de Contas, nos quais se adotou como premissa a exegese de que a situação de recuperação judicial ou extrajudicial não seria suficiente, por si só, para justificar a desclassificação da empresa em licitação.

Os denunciados, na peça defensiva, reiteraram a ausência de má-fé, registrando que nos certames posteriores tal item já foi corrigido. Além disso, esclareceram que não houve qualquer impugnação, tampouco inabilitação de empresas licitantes em razão dessa cláusula editalícia.

Em sede de reexame, o órgão técnico reconsiderou sua manifestação anterior, manifestando-se pelo afastamento da irregularidade, sob o argumento de que os institutos da concordata e da recuperação judicial ou extrajudicial não foram equiparados pelo legislador, sendo que o item questionado apenas replica o teor do art. 31, II, da Lei n.º 8.666/1993, ainda em vigência, não podendo ser interpretado extensivamente, à luz do princípio da legalidade.

Pois bem. No item 4.2.5 do instrumento convocatório, estabeleceu-se vedação à participação de empresa em concordata, *in verbis*:

“4.2 Não poderão participar desta licitação os interessados:

[...]

4.2.5 que estejam sob falência, concurso de credores, concordata ou em processo de dissolução ou liquidação; entidades empresariais que estejam reunidas em consórcio”

De início, é importante esclarecer que, nos termos do art. 192 da Lei n.º 11.101/2005, os procedimentos de concordata ajuizados anteriormente ao início de vigência da lei serão concluídos nos termos do Decreto-Lei n.º 7.661/1945, sendo que, após, adotar-se-á o procedimento de recuperação judicial ou extrajudicial.

Nesse contexto, conforme explicitado na decisão de indeferimento do pedido cautelar, há precedentes deste Tribunal quanto à irregularidade da proibição, de plano, da participação de empresas em recuperação judicial, sem que haja possibilidade de avaliação acerca da real situação de capacidade econômico-financeira, a exemplo das decisões proferidas no bojo das Denúncias n.ºs 1.077.164 e 1.072.438.

Em igual linha intelectual, conforme assinalado pelo órgão técnico, a jurisprudência do STJ tem se consolidado no sentido da impossibilidade de inabilitação de empresas em procedimentos licitatórios por se encontrarem em recuperação judicial, fazendo-se necessária a averiguação da capacidade econômico-financeira da licitante, consoante excerto de decisão exarada pela Primeira Turma, *ad litteram*:

“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.

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”. (STJ. 1ª Turma. AREsp 309.867-ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/6/18, DJe 08/8/18)

O Tribunal de Contas da União – TCU, recentemente, reforçou a orientação que favorece a participação de empresas em recuperação judicial nas licitações, em homenagem à ampla competição, nos seguintes termos:

“É possível a participação em licitações de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”. (TCU, Acórdão 1.201/2020, sessão de 13/5/2020, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo).

Nessa contextura, considero salutar a hermenêutica firmada nesta Corte de Contas, por conciliar a busca da Administração por celebrar a melhor contratação, com segurança e hígidez na entrega do objeto, e o interesse dos licitantes em preservar a ampla competitividade e a isonomia nas licitações públicas.

Dessa forma, reputo irregular disposição editalícia que obstaculize, de plano, a participação de licitante em recuperação judicial no procedimento licitatório, porquanto cabe à Comissão de Licitação realizar diligências para averiguar a real situação de capacidade econômica e financeira dos proponentes.

Contudo, *in casu*, diante da ausência de documento relativo à impugnação do edital nesse aspecto e de inexistência, nos autos, de notícia de que alguma licitante teria deixado de participar do certame por estar em recuperação judicial, não vislumbro supedâneo para

aplicação de sanção pecuniária aos agentes que conduziram o Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 012/2022.

Nada obstante, **recomendo** ao atual gestor que, em futuras licitações, faça constar cláusula em que se exija da empresa em recuperação judicial a apresentação de comprovação de que o respectivo plano foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei n.º 11.101/2005, bem como estabeleça outros requisitos necessários à comprovação da capacidade econômico-financeira.

## **2. Fracionamento do objeto em itens inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)**

A denunciante aponta o fracionamento do objeto em itens inferiores a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), para garantir a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, como tentativa de fraudar a licitação.

A unidade técnica, por sua vez, verificou que a divisão em itens foi estabelecida em relação à marca/tipo do veículo, bem como mediante a separação por peças mecânicas e elétricas, o que estaria em conformidade com o disposto no art. 23 da Lei n.º 8.666/1993 e em consonância com critérios de conveniência e oportunidade adotados com o fito de obtenção da contratação mais vantajosa para a Administração.

Os responsáveis alegaram que a divisão em itens objetivou ampliar a competitividade e possibilitar maiores descontos, evitando-se, assim, “eventuais distorções da aplicação de desconto linear para todas as peças” (peça n.º 80).

Da análise do instrumento convocatório, verifica-se a seguinte justificativa no Termo de Referência:

“10.2 - Tal procedimento irá trazer agilidade e eficiência em um sistema integra de preço. Faz-se necessário, assim, que os órgãos da Administração analisem a forma como as empresas se organizam no mercado, verificando, do ponto de vista técnico-econômico, a possibilidade/pertinência de parcelar o objeto não apenas de acordo com a marca/fabricante como, também, em relação ao tipo de veículo (ex: categoria leve, categoria pesado, categoria utilitário), ao tipo de peça (peças para mecânica, peças para parte elétrica etc.), ao local de entrega e/ou qualquer outra forma de parcelamento que se mostrar viável na espécie, segundo a análise a ser procedida do órgão. Com isso estar-se-á permitindo, neste processo:

- a) Uma maior competitividade no pregão (atraindo uma maior quantidade de empresas e consequentemente contribuindo para a obtenção de descontos mais elevados);
- b) Que na hipótese de a política de preços não ser uniforme para todas as peças que integram o objeto licitado (o que deve ser avaliado pelo órgão através de pesquisa de mercado), as empresas ofereçam diferentes percentuais de desconto para cada item, de acordo com as suas especificidades, evitando assim eventuais distorções decorrentes da aplicação de desconto linear para todas as peças”.

É importante não olvidar que, nos termos da Lei n.º 8.666/1993, a regra é o parcelamento do objeto em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, conforme previsto no § 1º do art. 23 da referida lei. Nas lições de Marçal Justen Filho:

“a adoção do fracionamento depende da presença de requisitos de ordem técnica e econômica. Não se admite o fracionamento quando tecnicamente isso não for viável nem,

mesmo, recomendável. O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. [...]. Em suma, o impedimento de ordem técnica significa que a unidade do objeto a ser executado não pode ser destruída através do fracionamento. Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução dos preços. Por isso, não teria cabimento a Administração fracionar as contratações se isso acarretar aumento de seus custos. Como se extrai, o fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. Adota-se o fracionamento como instrumento de redução de despesas administrativas [...]”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 440).

Impende destacar, ainda, recente decisão proferida nos autos da Denúncia n.º [1.024.609](#), desta Corte de Contas, sob a relatoria do Conselheiro-Substituto Victor Weyer, *in litteris*:

“Por certo, a Administração conta com relativa margem de discricionariedade para estabelecer o critério de julgamento das licitações. O § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 estabelece que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração **serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.**

Ainda que o comando da Lei seja impositivo, a sua observância é relativizada pelas circunstâncias da contratação, de modo que **o parcelamento do objeto observe a viabilidade técnica e econômica**, bem como as disponibilidades do mercado. Nesse sentido, tanto a jurisprudência do TCU quanto deste Tribunal são enfáticas quanto à obrigatoriedade do parcelamento do objeto, mas a relativizam em face do aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado”. [grifo nosso]

Nesse diapasão, urge reiterar que cabe ao Administrador escolher a melhor forma de contratação, mediante juízo de conveniência e oportunidade, desde que sejam respeitados os limites legalmente estabelecidos e resguardado o interesse público.

A propósito, a doutrina de escol, como José dos Santos Carvalho Filho, brada que poder discricionário “é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 17ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 42).

No caso concreto *sub examine*, considero que o fracionamento em itens, nos moldes previstos no edital, ao possibilitar o acesso de mais empresas ao certame, tem o condão de ampliar a competitividade, tendo o órgão responsável pela licitação devidamente esclarecido que o parcelamento do objeto seria viável do ponto de vista técnico-econômico, aumentando-se, assim, a possibilidade de desconto por item.

Lado outro, cumpre ressaltar que a denunciante não logrou êxito em demonstrar que a divisão do objeto seria economicamente desfavorável à municipalidade.

Assim, uma vez demonstrada a viabilidade técnica e econômica do parcelamento do objeto, acorde com a manifestação da unidade técnica, julgo regular o edital neste ponto.

### III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, manifesto-me pela procedência parcial da denúncia, em face da vedação à participação no certame de empresa em recuperação judicial. Nada obstante, considerando a ausência de documento relativo à impugnação do edital e a inexistência, nos autos, de notícia de que alguma licitante foi impedida de participar por estar em recuperação judicial, deixo de aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo da recomendação constante da fundamentação.

Intimem-se denunciante e denunciados acerca do inteiro teor desta decisão e, findos os procedimentos pertinentes, arquivem-se os autos, nos termos do inciso I do art. 176 do Regimento Interno.

\* \* \* \* \*

jc/rb