

**Processo:** 1141296  
**Natureza:** DENÚNCIA  
**Denunciante:** Belabru Comércio e Representações Ltda.  
**Denunciada:** Prefeitura Municipal de Fronteira  
**Responsável:** Elaine Pinesso  
**Procuradores:** André Silva de Souza, OAB/MG 146322; Márcio Martins Marano, OAB/MG 099816; Vanessa Cristina Faria Claro, OAB/SP 253774  
**MPTC:** Sara Meinberg  
**RELATOR:** CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

### SEGUNDA CÂMARA – 21/11/2023

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS NOVOS. LIMITAÇÃO A CONCESSIONÁRIAS E FABRICANTES. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE PROTOCOLO PRESENCIAL PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÕES. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÕES.

1. É discricionariedade da Administração Pública, avaliando as circunstâncias do caso concreto, as potencialidades do mercado e as suas necessidades, a escolha pela aquisição de veículos novos apenas da montadora/fabricante e da concessionária, devendo restar tal opção claramente estabelecida no edital. A referida exigência encontra amparo na Deliberação n. 64 do CONTRAN e na Lei n. 6.729/79, denominada como Lei Renato Ferrari, do qual depreende-se que veículo novo é aquele comercializado por concessionária ou fabricante antes de registro e licenciamento.
2. A Administração, ao limitar ou omitir os meios para pedido de esclarecimentos, impugnação e recursos ao edital, excluindo a possibilidade de envio por e-mail ou correios, contraria o disposto no art. 41, parágrafo § 1º, da Lei n. 8.666/93 e no art. 5º, LV e XXXIV, a), da CRFB/88, que asseguram aos litigantes os direitos de petição, contraditório e ampla defesa, com seus meios e recursos inerentes.
3. É restritiva a cláusula editalícia que veda a participação de empresas recuperação judicial com a consequente inabilitação do licitante, sem a avaliação anterior dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira, que abrangerá a verificação do cumprimento do seu plano de recuperação, 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.

### 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:

- D) julgar parcialmente procedente a denúncia, em razão das seguintes irregularidades no Edital do Pregão Presencial n. 004/2023, Processo n. 0284/2022:

- a) vedação à participação de empresa em recuperação judicial;
- b) exigência de protocolo exclusivamente presencial para apresentação de impugnações;
- II) deixar de aplicar multa à Sra. Elaine Pinesso, Pregoeira, por não verificar demonstrado nos autos prejuízo à competitividade ou à isonomia;
- III) recomendar aos atuais gestores que nos próximos certames:
  - a) certifiquem-se de adotar redação editalícia clara e mais abrangente a fim de abarcar a interposição de impugnações, pedidos de esclarecimentos e recursos administrativos também por outras vias, além da forma presencial, especialmente pelos meios eletrônicos;
  - b) possibilitem a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada a capacidade econômico-financeira da licitante;
- IV) determinar a intimação das partes, conforme art. 166, II e § 1º, I, do RITCEMG;
- V) determinar, 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, 21 de novembro de 2023.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente e Relator

*(assinado digitalmente)*

**SEGUNDA CÂMARA – 21/11/2023**

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

**I – RELATÓRIO**

Tratam os autos de Denúncia, com pedido implícito de liminar, apresentada pela empresa BELABRU Comércio e Representações Ltda., em face do Edital do Pregão Presencial nº 004/2023, Processo nº 0284/2022, cujo objeto consiste na “AQUISIÇÃO DE UM CAMINHÃO NOVO, EQUIPADO COM TANQUE PIPA, A SER UTILIZADO NO DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES DIÁRIAS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE SERVIÇOS URBANOS E TRANSPORTES DESTA MUNICIPALIDADE, CONFORME CONTRATO DE FINANCIAMENTO No BDMG/BF Nº 348.552/22, FIRMADO ENTRE O BANCO DE DESENVOLVIMENTO DE MINAS GERAIS S/A – BDMG E O MUNICÍPIO DE FRONTEIRA/MG.”, conforme edital licitatório anexado à peça nº 2 do Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP.

A documentação foi protocolizada nesta Corte em 27/01/2023 (peça nº 6 do SGAP), recebida como Denúncia e distribuída à minha relatoria em 30/01/2023 (peças nº 7 e 8 do SGAP).

Tendo em vista o pedido implícito de liminar da Denunciante, constante na petição exordial, de revogação de cláusula editalícia revestida de irregularidade, e a publicação de nova data para realização da sessão, à peça nº 9 do SGAP, deixei de conceder a cautelar pleiteada, por não ter restado verificado, naquele momento, elementos que justificassem o impedimento do prosseguimento da licitação, e que demonstrassem a existência do perigo na demora da decisão final desta Corte de Contas.

Em sede de análise inicial, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL entendeu pela improcedência dos seguintes apontamentos (peça nº 14 do SGAP):

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

Lado outro, a CFEL, ainda em sede de análise inicial da presente Denúncia (peça n. 14 do SGAP), apontou as seguintes possíveis irregularidades:

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

O Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar (peça nº 16 do SGAP), não apresentou aditamento, contudo, diante da análise técnica, requereu a citação dos responsáveis para a apresentação de defesa e esclarecimentos quanto as irregularidades apontadas pela Unidade Técnica.

Após serem devidamente citados (peças nº 17/19 do SGAP), os responsáveis encaminharam a defesa e documentação (peças n. 20/28). Em seguida os autos foram enviados à Unidade Técnica, em atendimento ao despacho na peça nº 29 do SGAP.

Em análise da defesa apresentada a Unidade Técnica se manifestou, à peça nº 30 do SGAP, pelo acolhimento das razões de defesa apresentadas pelos defendentes e pela expedição de recomendação à Sra. Elaine Pinesso, Pregoeira, para que, nos próximos certames realizados pelo Município i) seja prevista expressamente a permissão de utilização de outros meios usuais para solicitação de esclarecimentos, impugnações e interposição de recursos, tais como correio,

fac símile ou e-mail, ii) possibilite a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada a viabilidade econômica.

Por sua vez, à peça nº 32 do SGAP, o Ministério Público de Contas entendeu que:

“(…)assiste razão à Unidade Técnica (Arquivo #3178670), motivo pelo qual opinamos (i) pela procedência dos apontamentos complementares da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL –, sem aplicação de pena, por ausência de lesão grave decorrente das condutas ilícitas apuradas, indispensável para atrair a incidência do art. 85, II, da Lei Complementar Estadual nº 102, de 2008,1 e (ii) pela expedição das recomendações propostas pela CFEL (Arquivo #3178670).

Os autos retornaram conclusos para decisão.

É o relatório, no essencial.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### II.1. Irregularidades apontadas pelo Denunciante

O Denunciante apontou irregularidades na Denúncia à peça nº 1 do SGAP, que passo a analisar:

#### II.1.1. Da participação restrita a fabricantes e concessionárias autorizadas

A Denunciante, em síntese, se insurgiu em face da disposição constante no subitem 12.5.2 do edital do Pregão Presencial nº 004/2023, Processo nº 0284/2022, que impõe ao fornecedor do objeto do certame, a “comprovação da condição de concessionária autorizada pelo fabricante, ou fabricante”, conforme instrumento convocatório anexado à peça nº 2 do SGAP.

Fundamentou no sentido de que a respectiva cláusula ofende a livre concorrência, estabelecendo reserva de mercado e possível direcionamento do certame, em confronto ao que dispõe o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Colacionou entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a fim de enfatizar a vedação da restrição do caráter competitivo do certame.

Mencionou recente decisão do Egrégio Tribunal de Contas da União que “indica ser ilegal a exigência de ‘carta de solidariedade’ ou declaração do fabricante atestando que a licitante está autorizada a comercializar seus produtos, pois isto viola o princípio da isonomia entre os licitantes, carecendo de amparo legal, por extrapolar o que determinam os artigos 27 a 31 da Lei 8666/93 e 40 do Decreto 10.024/2019 – Acórdão nº: 224/20 – TCU” (peça nº 1 do SGAP).

Em análise inicial da Denúncia, à peça nº 14 do SGAP, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação se manifestou pela improcedência do apontamento, com o seguinte fundamento:

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

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

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

(...)

Das definições acima, extrai-se a interpretação de que, para se considerar um veículo novo (zero quilômetro), não basta apenas um exame físico sobre as condições em que o bem se encontra. É necessário, sobretudo, o fato de não ter havido o prévio registro, licenciamento e conseqüente emplacamento, sendo que a comercialização de um veículo nestas condições, a teor da Lei nº. 6.729/1979, só pode ser feita pela concessionária autorizada ou pelo próprio fabricante.

Portanto, ao contrário do que alega a Denunciante, a exigência contida no instrumento convocatório, que restringe a participação às concessionárias ou fabricantes, não se afigura irregular, uma vez que esta condição é intrínseca ao próprio conceito de “veículo novo”.

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

(...)

Diante de todo o exposto, considerando que o objeto do certame em análise tem como objeto a aquisição de veículo novo, o qual somente pode ser comercializado por concessionária autorizada ou diretamente pela fabricante ou montadora; considerando, ainda, que cabe à própria Administração Pública, mediante juízo de conveniência e oportunidade, optar por restringir a licitação somente às empresas que se enquadram nessas condições ou admitir, também, a participação de empresas revendedoras, esta Unidade Técnica faz coro com o entendimento do Relator e entende que não existem irregularidades no Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, no que tange à exigência prevista no subitem 12.5.2.

O Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar (peça nº 16 do SGAP), não se manifestou especificamente quanto a este item.

Atendendo à citação, o Município de Fronteira e a senhora Elaine Pinesso, sustentaram que “não há que se falar em qualquer irregularidade do Edital do certame, não havendo restrição ilegal ao estabelecer que somente fabricantes e concessionárias que estejam autorizadas a vender veículos automotores zero quilômetros pudessem participar da licitação.” (peça nº 20 do SGAP).

A Unidade Técnica e Ministério Público de Contas, em análise de defesa (peças nº 30 e 32 do SGAP), não se manifestaram sobre o presente apontamento.

Pois bem.

Inicialmente, cumpre destacar o disposto no subitem 12.5.2, item 12, do Edital do Pregão Presencial nº 004/2023, conforme instrumento convocatório anexado à peça nº 2 do SGAP fls. 8 e 9:

12. DO CONTEÚDO DO ENVELOPE "DOCUMENTOS PARA HABILITAÇÃO:

[...]

12.5 – A documentação relativa à Qualificação Técnica:

[...]

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

Nota-se, na verdade, que a matéria do caso em epígrafe envolve a definição legal conferida aos “veículos novos”, o que evidencia uma conceituação que é balizada e referenciada pelos critérios de registro, licenciamento e primeiro emplacamento dos automóveis.

Destarte, em vista dos termos utilizados na Deliberação nº 64 do CONTRAN e na Lei nº 6.729/79, denominada como Lei Renato Ferrari, depreende-se que veículo novo é aquele comercializado por concessionária ou fabricante antes de registro e licenciamento.

Este Tribunal de Contas já se manifestou em outras oportunidades acerca da aquisição de veículos novos pela Administração Pública, tendo sido considerada improcedente a imputação de irregularidade na limitação de participação restrita a fabricantes e concessionárias autorizadas.

Conforme orientação da jurisprudência desta Casa, o gestor público, analisando razões de custo/benefício envolvidas no caso concreto, deve delimitar claramente o objeto a ser contratado no processo licitatório referente à aquisição de “veículos novos” ou “zero km”, buscando suficientemente caracterizar se os automóveis se referem àqueles que irão receber o primeiro emplacamento (os quais devem ser adquiridos das fabricantes/montadoras e concessionárias) ou àqueles que já foram adquiridos por revendedoras, mas ainda não tiveram nenhuma rodagem.

Assim, não há que se falar em inviabilidade de aquisição direta de veículos provenientes de empresas revendedoras pela Administração Pública, mas apenas da possibilidade de escolha pela compra de veículo novos de fabricante ou de concessionária, uma vez que avaliadas as circunstâncias do caso concreto, as potencialidades do mercado e as necessidades do ente que representa, tal opção seja mais conveniente para a Administração Pública.

Destaco a decisão proferida nos autos da Denúncia nº 1.095.462, de minha relatoria, apreciada na sessão da Segunda Câmara do dia 02/12/2021, oportunidade na qual demonstrei que este Tribunal tem adotado entendimento no sentido de que cabe ao gestor público a opção de admitir ou não a participação de revendedoras em licitações para aquisição de veículos novos, uma vez que essa decisão se encontra no âmbito da discricionariedade administrativa:

[...]

Ou seja, segundo tal concepção, o gestor público, no exercício de sua discricionariedade, avaliando as circunstâncias do caso concreto, as potencialidades do mercado e as necessidades do ente que ele representa, poderá optar pela maior ou menor amplitude da concorrência, conforme seja viável ou não a aquisição de veículos já previamente licenciados, de modo que, caso o edital não delimite seu rol de contratação às de empresas fabricantes ou concessionárias, tornar-se-á regular a participação de empresas revendedoras na competição, em atenção à ampla concorrência.

Aqui, friso que tal entendimento também fora adotado pela Segunda Câmara desta Casa, ao apreciar o Agravo nº 1088834 (referente à Denúncia nº 1082574), datado de 04/06/2020, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, ocasião em que restou consolidado:

[...] o Tribunal tem entendido que quando a Administração, em suas licitações, permite somente a participação de licitantes que se enquadrem no conceito de concessionárias ou fabricantes, não busca ela cercear a competitividade, mas sim, delinear devidamente o objeto, garantindo o cumprimento da obrigação pretendida. Nesse sentido, destacam-se, entre outros, os precedentes constantes nos Processos de nos 1.024.402, 1.007.700, 911.664 e 1.015.299.

Contudo, cumpre esclarecer que, a adoção do referido entendimento, não significa que a Administração está obrigada a exigir, como condição de participação ou habilitação no certame, o enquadramento das licitantes apenas como concessionárias ou fabricantes de veículos.

É que, a meu ver, compete ao gestor público, avaliando as circunstâncias do caso concreto, as potencialidades do mercado e as necessidades do ente que ele representa, optar pela maior ou menor amplitude da concorrência, conforme seja viável ou não a aquisição de veículos já previamente licenciados.

No mesmo sentido, destaco recente decisão proferida nos autos da Denúncia nº 1.110.101, também de minha relatoria, aprovada por unanimidade na sessão da Segunda Câmara do dia 15/09/2022, oportunidade na qual reiterei a possibilidade de limitação de aquisição de veículos novos apenas da montadora/fabricante ou da concessionária, conforme ementa que abaixo transcrevo:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO VEÍCULOS 0KM. LIMITAÇÃO À CONCESSIONÁRIAS E FABRICANTES. DISCRICIONARIEDADE. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Avaliando as circunstâncias do caso concreto, as potencialidades do mercado e as suas necessidades o ente poderá limitar a aquisição de veículos novos apenas da montadora/fabricante ou da concessionária, devendo essa opção estar claramente estabelecida no edital, de modo que, caso o edital não delimite seu rol de contratação às de empresas fabricantes ou concessionárias, tornar-se-á regular a participação de empresas revendedoras na competição, em atenção à ampla concorrência.

2. Não sendo a licitação de grande vulto e alta complexidade, a participação de empresas reunidas em consórcio é incabível, de modo que a motivação para a vedação está implícita na natureza do objeto.

Convém apresentar, ainda, a ementa da Denúncia nº 1.107.532, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, apreciada na sessão da Segunda Câmara do dia 22/09/2022, vejamos:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO. EXIGÊNCIA DE PRIMEIRO EMPLACAMENTO EM NOME DO MUNICÍPIO CONTRATANTE. FORNECIMENTO POR REVENDEDORA. RECOMENDAÇÃO. EVASÃO FISCAL. COMPETÊNCIA DOS ÓRGÃOS DE ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPROCEDÊNCIA.

1. Nos termos da Deliberação n. 64 do CONTRAN e da disciplina de concessão comercial prevista na Lei n. 6.729/79, veículo novo é aquele comercializado por concessionária ou fabricante antes de registro e licenciamento. Por esse motivo, a Administração, ao permitir somente a participação de licitantes que se enquadram no conceito de concessionárias ou fabricantes, não busca cercear a competitividade, mas sim delinear devidamente o objeto, garantindo o cumprimento da obrigação pretendida.

2. Compete ao gestor público observar as potencialidades do mercado e as necessidades do ente que ele representa, avaliando as circunstâncias do caso concreto e, conforme seja viável ou não a aquisição de veículos já previamente licenciados, optar pela maior ou menor amplitude da concorrência. Em outras palavras, é discricionariedade da Administração Pública a escolha pela aquisição de veículos novos apenas da montadora/fabricante ou da concessionária, devendo estar tal opção claramente estabelecida no edital.

Por todo o exposto, compulsando os autos, observo que o edital do Pregão Presencial nº 004/2023, anexado à peça nº 2 do SGAP, exigiu a comprovação da condição de fabricante ou concessionária autorizada pelo fabricante, para fins de qualificação técnica, de modo a delinear o objeto do certame, o que não constitui cerceamento à competitividade da licitação.

Desse modo, na esteira dos entendimentos deste Tribunal de Contas, compreendo que os requisitos contidos no instrumento convocatório se encontram amparados na esfera discricionária da Administração Pública, que optou expressamente pela contratação de veículos novos apenas da fabricante ou da concessionária.

Assim, afastado a alegação de restrição à competitividade do certame e afronta ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, e julgo improcedente a Denúncia neste aspecto.

### **II.1.2. Da exigência de “carta de solidariedade” ou declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos.**

A Denunciante, em síntese, se insurgiu em face da suposta exigência de “carta de solidariedade” ou declaração do fabricante atestando que a licitante estaria autorizada a comercializar seus produtos, sob o fundamento de que tal previsão violaria o princípio da isonomia entre os licitantes e extrapola o disposto nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 e art. 40 do Decreto nº 10.024/2019 – Acórdão nº: 224/20 – P TCU.

Em sede de decisão monocrática, juntada à peça nº 9 do SGAP, deixei de conceder o pedido liminar, consignando que referida exigência não foi verificada no edital licitatório.

Em análise inicial da Denúncia, à peça nº 14 do SGAP, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação se manifestou pela improcedência do apontamento, com o seguinte fundamento:

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

(...)

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

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

O Ministério Público de Contas, em manifestação preliminar (peça nº 16 do SGAP), não se manifestou especificamente quanto a este item.

Atendendo à citação, a defesa sustentou que (peça nº 20 do SGAP):

Como bem analisado pela Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, “Compulsando o edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, nota-se que, de fato, não há exigência de carta de solidariedade ou declaração do fabricante autorizando a comercialização de seus produtos”.

Ainda, como destacado pelo Analista de Controle Externo do TCE-MG, a denúncia da empresa Belabru Comércio e Representações Ltda. é praticamente idêntica às apresentadas em outras Denúncias autuadas e “em que também se constatou a ausência das disposições editalícias denunciadas, relativas à exigência de carta de solidariedade, o que demonstra que a ora Denunciante falta com a verdade dos fatos”.

Desse modo, uma vez ausente qualquer previsão editalícia do quanto denunciado pela empresa, é de ser julgado improcedente o pedido.

A Unidade Técnica e Ministério Público de Contas, em análise de defesa (peças nº 30 e 32 do SGAP), não se manifestaram sobre o presente apontamento.

Pois bem.

Em análise minuciosa dos documentos juntados aos autos, não constatei, de fato, quaisquer disposições exigindo a apresentação de “carta de solidariedade” ou declaração do fabricante para a comercialização dos produtos, em contrariedade ao alegado pela Denunciante.

Assim, as ausências de tais exigências demonstram um equívoco por parte da Denunciante, de modo que coaduno com o estudo realizado pela Unidade Técnica, e entendo pela improcedência do presente apontamento.

## **II.2. Irregularidades apontadas pela Unidade Técnica**

Ao apresentar sua análise sobre as irregularidades discriminadas pelo Denunciante, e após analisar o edital do certame, a Unidade Técnica apontou outras possíveis irregularidades (peça nº 14 do SGAP), que passo a analisar:

### **II.2.1. Da exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações**

A Unidade Técnica, após analisar o edital do certame, apontou irregularidade quanto a exigência de protocolo exclusivamente presencial para apresentação de impugnações (peça nº 14 do SGAP), o que constituiu limitação à competitividade da licitação.

Além disso, apontou a responsabilidade pela possível irregularidade e sugeriu a medida aplicável:

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

Como relatado, o Ministério Público de Contas não apresentou aditamento e requereu a citação dos responsáveis diante das conclusões contidas na análise técnica (peça n. 16 do SGAP).

Em sede de defesa, à peça n. 20 do SGAP, a responsável sustentou que se tratou de erro formal a limitação imposta no item 4.5 do Edital de Pregão Presencial nº 004/2023, tendo em vista que, foi apresentada impugnação pela empresa Forza Distribuidora de Máquinas LTDA via e-mail e foi devidamente respondida pelo pregoeiro.

A Unidade Técnica, em análise de defesa se manifestou pelo acolhimento das razões de defesa, quanto a este ponto, e fundamentaram da seguinte forma (peça nº 30 do SGAP):

Por essas razões, entende esta Unidade Técnica que – em que pese a previsão irregular dos itens 4.5 e 4.5.1 – a Administração Municipal parece ter permitido a realização de impugnações e pedidos de esclarecimentos por outros meios, além do presencial.

Ainda, sugeriu:

Sugere-se a expedição de recomendação à Sra. Elaine Pinesso, Pregoeira, para que, nos próximos certames, seja prevista expressamente a permissão de utilização de outros meios usuais para solicitação de esclarecimentos, impugnações e interposição de recursos, tais como correio, fac símile ou e-mail.

Por fim, o Ministério Público de Contas, à peça 32 do SGAP, opinou:

Após análise dos autos, este Ministério Público de Contas entende que assiste razão à Unidade Técnica (Arquivo #3178670), motivo pelo qual opinamos (i) pela procedência dos apontamentos complementares da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL –, sem aplicação de pena, por ausência de lesão grave decorrente das condutas ilícitas

apuradas, indispensável para atrair a incidência do art. 85, II, da Lei Complementar Estadual nº 102, de 2008(...).

Pois bem, verifico que o item 4.5 do Edital de Pregão Presencial nº 004/2023 restringe a protocolização das impugnações à forma presencial.

A delimitação da forma do envio pelo item 4.5 do edital ultrapassa o âmbito de um simples erro material. Se trata, na verdade, de restrição ao acesso das vias impugnativas pelo cidadão, de modo a violar os ditames legais e constitucionais que asseguram o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 41, parágrafo §1º, da Lei n. 8.666/93 e do art. 5º, LV e XXXIV, a), da CRFB/88.

Demais disso, é indiscutível que a utilização de meios digitais para assistir as atividades da Administração Pública vem ganhando cada vez mais relevância, ou seja, disposições contrárias ou omissas à sua utilização não possuem qualquer respaldo legal e atentam contra a eficiência administrativa, sendo este entendimento pacificado nesta Corte de Contas.

Cito, como precedentes: a Denúncia n. 1.098.537, de minha Relatoria, julgada em 12/05/2022; a Denúncia n. 1.098.377, de minha Relatoria, julgada em 12/05/2022; e a Denúncia n. 1.031.658, de Relatoria do Cons. Subst. Licurgo Mourão, julgada em 02/06/2022.

Isto posto, em que pese a patente violação aos ditames do ordenamento jurídico pátrio, não há, nos autos, demonstração de um efetivo prejuízo ao certame e à competitividade, ao contrário, a pregoeira afirma ter recebido impugnação via e-mail, de modo que deixo de aplicar multa aos Responsáveis.

Com fulcro na função pedagógica deste Tribunal de Contas, entendo ser necessária a expedição de recomendação aos atuais gestores para que, nos próximos certames, certifiquem-se de adotar redação editalícia clara e mais abrangente a fim de abarcar a interposição de impugnações, pedidos de esclarecimentos e recursos administrativos também por outras vias, além da presencial, especialmente pelos meios eletrônicos.

## **II.2.2. - Da vedação à participação de empresa em recuperação judicial**

Em exame inicial, a Unidade Técnica apontou irregularidade no que se refere a vedação à participação de empresa em recuperação judicial (peça nº 14 do SGAP):

(...)

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

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

(...)

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

Portanto, considerando que o subitem 5.2.4.1 vedou, de plano, a participação de empresa em recuperação judicial, em manifesta contrariedade aos aludidos posicionamentos

jurisprudenciais, consideramos irregular o Edital de Pregão Presencial nº. 004/2023, quanto ao item em comento.

Ademais, sugeriu a medida aplicável e apontou a responsável pela possível irregularidade:

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

O Ministério Público de Contas não apresentou aditamento e requereu a citação dos responsáveis diante das conclusões contidas na análise técnica (peça n. 16 do SGAP).

Em defesa, os responsáveis alegaram que mesmo com a possível irregularidade causada pelo subitem 5.2.4.1, do pregão presencial nº 004/2023, nenhuma empresa em recuperação judicial foi impedida de participar do certame, nem mesmo a empresa denunciante, além da referida cláusula não ter sido questionada por nenhuma participante, e que devido a isso, a vedação não culminou em prejuízo ao processo licitatório e sua competitividade (peça nº 20 do SGAP).

Em reexame, a Unidade Técnica manteve seu entendimento pela irregularidade quanto a cláusula que prevê a vedação à participação de empresas em recuperação judicial (peça nº 30 do SGAP):

O Tribunal de Contas da União possui orientação consolidada pela autorização de participação de empresas em recuperação judicial nas licitações, homenageando a ampla competição, desde que demonstrada a viabilidade econômica:

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 1.201/20, sessão de 13/5/20, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo)

No mesmo sentido estão os recentes julgados deste Tribunal de Contas:

Nesse contexto, é possível concluir que o fato de possível licitante se encontrar em recuperação judicial não pode resultar no impedimento de participação ou inabilitação imediata, mas deve ser sucedido da avaliação dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira que, no caso de proponente nessa situação, deve abranger a verificação de que o plano de recuperação se encontra vigente e atende às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Por tudo exposto, considero irregular o impedimento, de pronto, de licitante que se enquadre nessa situação de participar de licitação, conforme previsto no subitem 3.3 do edital, porquanto cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira do proponente no momento da verificação dos requisitos de habilitação. ” (Denúncia nº. 1.077.164, sessão de 25/6/2020, Segunda Câmara, Rel. Cons. Gilberto Diniz).

**VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALTERAÇÃO DO EDITAL. CASO CONCRETO. REGULARIDADE. RECOMENDAÇÃO. 3. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, a Lei n. 8.666/1993 não prevê a necessidade da apresentação de certidão negativa para casos de recuperação judicial e, nos termos dos arts. 47 e 52, II, ambos da Lei de Falências, a sociedade empresária em recuperação judicial poderá comprovar sua aptidão econômico-financeira de outras formas,**

independentemente da respectiva certidão. (Denúncia n. 1.072.438, sessão de 12/3/2020, Segunda Câmara, Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro).

Entretanto, diante da ausência de impugnações do Edital sobre a matéria; da inexistência de indícios de que alguma licitante teria deixado de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial; e da demonstração de readequação dos novos Editais do Município, entende esta Unidade Técnica não ser necessária a responsabilização dos gestores públicos.

Além disso, sugeriu:

Sugere-se a expedição de recomendação à Sra. Elaine Pinesso, Pregoeira, para que, nos próximos certames, a Administração possibilite a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada a viabilidade econômica.

O Ministério Público de Contas, em sede de parecer conclusivo à peça 32 do SGAP, opinou:

(...) (i) pela procedência dos apontamentos complementares da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL –, sem aplicação de pena, por ausência de lesão grave decorrente das condutas ilícitas apuradas, indispensável para atrair a incidência do art. 85, II, da Lei Complementar Estadual nº 102, de 2008, I e (ii) pela expedição das recomendações propostas pela CFEL (Arquivo #3178670).

Pois bem.

O artigo 5.2.4.1 do edital prevê:

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

5.2.4.1. com falências decretadas ou em recuperação judicial;

Todavia, a exigência em tela não possui aderência com os fins perquiridos pela Lei n. 8.666/1993 e pela Lei n. 11.101/2005, bem como não é compatível com a jurisprudência dos Tribunais pátrios. Isso porque, nos termos do art. 47 da Lei n. 11.101/2005, a recuperação judicial tem por fim “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

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

Na esteira de meus fundamentos, cito, como precedentes: a Denúncia n. 1.058.838, de minha Relatoria, julgada em 02/06/2022; a Denúncia n. 1.098.537, de minha Relatoria, julgada em 12/05/2022; e a Denúncia n. 1.040.499, de Relatoria do Cons. Subst. Hamilton Coelho, julgada em 13/12/2022.

O próprio legislador alterou o art. 52, II, da Lei de Falências, mediante a Lei n. 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.

Contudo, diante da ausência de comprovação nos autos de que alguma licitante teria deixado de participar do certame por se encontrar em recuperação judicial, ou de inabilitação de empresário ou sociedade empresária, não verifico prejuízo concreto ao interesse público e supedâneo para responsabilização.

Pelo exposto, com fulcro na função pedagógica deste Tribunal de Contas, entendo ser necessária a expedição de recomendação aos atuais gestores para que, nos próximos certames possibilitem a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada a capacidade econômico-financeira da licitante.

### III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, **voto pela procedência parcial** da presente Denúncia, em razão das seguintes irregularidades no Edital do Pregão Presencial nº 004/2023, Processo nº 0284/2022: vedação à participação de empresa em recuperação judicial e exigência de protocolo exclusivamente presencial para apresentação de impugnações.

Deixo de aplicar multa à Sra. Elaine Pinesso, Pregoeira, por não restar demonstrado nos autos prejuízo à competitividade ou à isonomia.

Recomendo aos atuais gestores que nos próximos certames:

- a) certifiquem-se de adotar redação editalícia clara e mais abrangente a fim de abarcar a interposição de impugnações, pedidos de esclarecimentos e recursos administrativos também por outras vias, além da forma presencial, especialmente pelos meios eletrônicos.
- b) possibilitem a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada a capacidade econômico-financeira da licitante

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.

\* \* \* \* \*

sb/saf/hapf

