

PROCESSO nº: 1.047.744

NATUREZA: Denúncia

DENUNCIANTE: Otávio Carneiro de Mesquita Neto

PROCURADOR: Leonardo de Mello Moura - OAB/MG 100.829

DENUNCIADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE UBERABA

EXERCÍCIO: 2018

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Denúncia, com pedido liminar, formulada pelo denunciante Otávio Carneiro de Mesquita Neto, por meio de seu procurador Leonardo de Mello Moura, em face de possíveis irregularidades havidas no edital de Concorrência Pública n.03/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Uberaba.

O objetivo da licitação é a outorga de concessão de serviço público precedida de obra para implantação, administração, gestão, operação, manutenção, exploração e expansão dos serviços públicos cemiteriais de cemitério tipo parque, incluindo a modalidade “cemitério parque particular”, destinado à inumação de cadáveres humanos e crematórios e serviços correlatos.

O valor estimado para a concessão é de R\$ 29.969.823,63 (vinte e nove milhões, novecentos e sessenta e nove mil, oitocentos e vinte e três reais e sessenta e três centavos) pelo período de 50 anos, contados da entrada em operação do cemitério, podendo ser prorrogado, caso haja interesse pelo Poder Concedente.

A denúncia foi protocolizada nesta Corte de Contas em 21/06/2018. Ao exercer o juízo de admissibilidade, o Exmo. Conselheiro Presidente, verificando a ausência de documentos necessários à admissibilidade da Denúncia, intimou o

procurador do denunciante para a apresentá-los no prazo de 10 dias, conforme fl. 18 dos autos.

Intimado, o procurador protocolou em 11/07/2018 a juntada dos documentos que restavam para a admissibilidade da denúncia, às fls. 20 a 73.

Determinada a autuação, os autos foram distribuídos em 18/07/2018 ao gabinete do Exmo. Conselheiro Gilberto Diniz que, em conformidade ao art. 126 – RI/TCE, fora redistribuído ao Exmo. Conselheiro substituto Hamilton Coelho.

Conforme despacho de fls. 77/78, após breve análise no portal eletrônico do Município de Uberaba, o Exmo. Conselheiro substituto Hamilton Coelho, constatou que o contrato decorrente do certame em comento, já havia sido assinado no dia 10/07/2018, motivo pelo qual, indeferiu o pedido liminar pleiteado, nos termos do art. 60 da Lei Complementar Estadual nº 102/08 e do art. 267 do Regimento Interno desta Casa.

Após, determinou a intimação do denunciante, remetendo os autos para exame técnico.

Ato contínuo, os autos chegaram nesta unidade técnica em 23/07/2018.

Em análise a denúncia, restou verificado por este órgão técnico, que faltavam nos autos alguns documentos necessários para a execução da correta análise. Logo, consoante relatório de fls. 84 e 85, fora requerida a realização de diligência, com intuito de solicitar o envio dos documentos faltantes.

Por conseguinte, em 14/08/2018, a Controladoria Geral do Município protocolou ofício às fls. 102 e 103, anexando os documentos solicitados em diligência.

Na data de 02/08/2018, cessada a situação que ensejou a redistribuição de que trata o art. 126 do RI/TCEMG, o processo retornou à relatoria do Exmo. Conselheiro Gilberto Diniz.

Em 08/08/2018, o Relator, ao analisar o acórdão proferido no processo nº 872.260, atualmente arquivado neste Tribunal, verificou que aqueles autos tratavam de denúncia formulada em face da Concorrência Pública nº03/2012, também deflagrada pela Prefeitura Municipal de Uberaba, para concessão de exploração de serviços públicos relacionados à construção de cemitério, isto é, licitação com objeto semelhante ao deste presente processo.

O Relator constatou ainda que, na sessão da Segunda Câmara ocorrida em 21/05/2015, diante da comprovação da anulação do referido certame, o processo foi extinto sem resolução do mérito, em face da perda do objeto da denúncia. Naquela ocasião, foi determinada ainda a intimação do Prefeito Municipal para que caso deflagrado novo certame com objeto idêntico ou semelhante, o edital deveria ser encaminhado a esta Corte de Contas, no dia subsequente ao de sua publicação.

À vista disso, o Exmo. Relator Gilberto Diniz, entendeu que devia ser reconhecida a prevenção, no caso em exame, e, por conseguinte, determinada a redistribuição dos autos ao Exmo. Conselheiro José Alves Viana, relator da Denúncia nº 972.260.

O Exmo. Conselheiro Presidente, com base na manifestação do Conselheiro Gilberto Diniz à fl. 90/90v, determinou à fl. 91, a redistribuição dos autos, em razão da conexão da presente matéria tratada com a examinada nos autos da Denúncia anterior.

Dessa forma, em 13/08/2018 os autos foram redistribuídos ao Conselheiro José Alves Viana.

À fl. 93/93v encontra-se manifestação do Conselheiro José Alves Viana indeferindo de pronto o pedido feito pelo Município de Uberaba (à fl. 96), no qual requereu vista dos autos pelo período de 15 dias.

Em 02/08/2018, a prefeitura protocolou sob o nº 004690310/2018 (fls. 108 a 112) a juntada da decisão do TJMG da 19ª Câmara Cível no Agravo de

Instrumento n. 1.0000.18.080885-9/002., determinando a suspensão da execução do contrato em comento.

Ato contínuo, na data de 13/11/2018, fora publicada pelo Exmo. Desembargador do TJ-MG, decisão proferida no dia 08/11/2018, em que o relator, reavendo aquilo que consignou na decisão que deferiu o efeito ativo de suspensão ao Agravo de Instrumento, decidiu por revogar a decisão que imprimiu o mencionado efeito ativo de suspensão ao recurso.

Com base no despacho de fl. 116, o Relator mandou que os autos fossem submetidos à análise técnica, com o posterior envio ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

É o relatório, no essencial.

2. DA ANÁLISE TÉCNICA

Em resumo, aponta o denunciante que o certame foi conduzido de forma equivocada, com a participação exclusiva da empresa ENGIMURB (Engenharia Imobiliária e Urbanização Ltda), que no decorrer da disputa demonstrou não possuir qualquer expertise, condição técnica ou econômica para assumir os serviços públicos cemiteriais, previsto no objeto do edital.

Relata o denunciante que, a Comissão de Licitação, não se atentou ao despreparo da empresa licitante, além disso, considerou-a habilitada na disputa, classificando sua proposta comercial, o que resultou na homologação do certame e na adjudicação do objeto em seu favor.

Narra a denúncia ainda que, a suposta ausência de disputa, ocorreu em existências de graves vícios no edital.

Para análise dos apontamentos do denunciante foi necessária a realização de diligência para complementação da instrução processual, junto aos

responsáveis pela Concorrência Pública n.03/2018 do município de Uberaba. Para tanto, foi solicitada, por meio da Diretoria deste Órgão Técnico, cópia das fases interna e externa do respectivo processo administrativo licitatório, o que foi atendido pela Controladoria Geral do Município, com a juntada de CD-ROM à fl.103 dos presentes autos, incluindo cópia digitalizada dos documentos correspondentes.

Passa-se à análise dos apontamentos:

2.1. DA INSUFICIÊNCIA DE ATESTADO E DEMAIS DOCUMENTOS DA EMPRESA ENGIMURB PARA COMPROVAÇÃO DE SUA CAPACIDADE TÉCNICA

Denúncia: Em suma, aponta o denunciante à fl. 02v que, a empresa ENGIMURB não comprovou possuir qualquer experiência para executar os serviços públicos cemiteriais, vez que no consórcio do cemitério Jardim dos Girassóis, o papel da concessionária como engenheira não abrangia todos os objetos que constam no escopo do edital.

Assim, o entendimento do denunciante exarado à fl.04v., foi no sentido de que:

Em outras palavras, a ENGIMURB jamais administrou, geriu operou ou manteve serviços de cemitério, e isto fica evidente pela própria documentação acostada pela mesma aos autos. (Grifo do autor)

Por fim, concluiu o denunciante que a empresa não possui qualquer experiência em relação ao objeto licitado, o que coloca em risco o sucesso do empreendimento e caracteriza, sem a menor sombra de dúvidas, flagrante violação aos princípios da isonomia, moralidade e probidade.

Análise: Inicialmente, a exigência insculpida no item 8.1.4.3 do edital, no tocante aos documentos necessários para habilitação, contemplava:

8.1.4.3. Comprovação que a pessoa jurídica possui aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos como objeto da licitação através da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica-operacional devidamente registrado(s) no conselho competente da região onde os serviços foram executados, acompanhados(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico – CAT, expedida(s) pelos Conselhos correspondentes, comprovando a implantação, administração, gestão, operação e manutenção dos serviços de cemitérios, com no mínimo de 5.000 (cinco mil) jazigos.

É válido destacar que no dia 29/03/2018, 5 dias úteis antes da data limite para entrega dos documentos de habilitação e proposta de preços, previsto para 05/04/2018, o item 8.1.4.3 do edital sofreu alteração, conforme se encontra às fls. 414 e fls.423/424 dos autos do processo administrativo (CD-ROM, fl.103), passando a vigorar com a seguinte redação:

8.1.4.3. Comprovação que a pessoa jurídica possui aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos como objeto da licitação, **comprovando a implantação, administração, gestão, operação e manutenção dos serviços de cemitérios, com no mínimo de 5.000 (cinco mil) jazigos.** (Grifo do autor)

Por conseguinte, com intuito de dar atendimento às exigências contidas no instrumento convocatório, a empresa ENGIMURB apresentou alguns documentos elencados, às fls. 516 e ss. dos respectivos autos.

Cumprido destacar que segundo a Ata nº 26/2018 acostada às fls.534/535 daqueles autos, no dia 05/04/2018, a Comissão Permanente de Licitação se reuniu com o objetivo de receber os envelopes de habilitação referentes ao certame em comento.

Baseado no que se encontra disposto em Ata, a esquipe técnica de engenharia analisou os documentos recebidos pela ENGIMURB e constatou que a licitante não tinha comprovado possuir a qualificação mencionada no item 8.1.4.3 do edital. Nesse sentido, decidiu a comissão pela inabilitação da empresa, abrindo prazo de 8 (oito) dias úteis para que a mesma pudesse apresentar os documentos faltantes, nos quais seriam novamente submetidos à análise técnica, a fim de averiguar futura e possível habilitação no certame.

Nada obstante, de acordo com às fls. 537/838 dos autos do processo administrativo (CD-ROM, fl.103), os documentos ausentes foram anexados pela empresa ENGIMURB.

Dentre os documentos apresentados pela empresa, encontra-se, às fls. 795/814 daqueles autos, instrumento particular de constituição de Consórcio, que tem por objeto a aprovação, gestão e desenvolvimento de Cemitério tipo Jardim, denominado Memorial-Parque “Jardim dos Girassóis”, na cidade de Ribeirão Preto – SP, no imóvel, que proveio de comunhão de esforços entre proprietárias, gestora, arquiteto e engenheiro.

É válido destacar que, conforme consta, o instrumento particular de constituição de Consórcio, prevê as consorciadas na situação de: as sociedades W.J.N Construtores e Participações LTDA e S.F.M Construtores e Participações LTDA como **proprietárias**; a empresa Pires Pinto Empreendimentos Imobiliários LTDA como **gestora**; COTA Empreendimentos Imobiliários LTDA como **arquiteta**, e a empresa ENGIMURB na qualidade de **Engenheira**. (Grifo do autor)

No que se refere ao questionamento em questão, verifica-se que embora a concessionária tenha juntado ao certame instrumento particular que comprovasse sua participação em consórcio, não existem nos autos do processo administrativo licitatório, elementos suficientes que demonstre que a ENGIMURB desempenha ou já tenha desempenhado, no referido consórcio,

qualquer outro papel que não o de engenheira, seja na implantação, na administração, na gestão, operação ou manutenção dos serviços cemiteriais.

Mas, ao contrário, o que se tem é que a sua participação no empreendimento em Ribeirão Preto, se restringiu tão somente à construção do cemitério e a eventuais reparos, motivo pelo qual não estaria habilitada em sua proposta.

Ainda, corroborando com o exposto acima, vale apontar que as cláusulas 17ª e 19ª do Instrumento de Consórcio dispõem de forma taxativa que a administração, gerência e o empreendimento do cemitério construído em Ribeirão Preto couberam exclusivamente à **gestora** e a **proprietária**, conforme fl. 803 dos autos do processo administrativo, comprovando nesse sentido, não haver participação da concessionária ENGIMURB nessas atividades.

Quanto aos quantitativos exigidos no Edital para comprovação de experiência, de no mínimo 5.000 (cinco mil) jazigos, o referido instrumento particular de constituição do Consórcio Memorial Parque Jardim dos Girassóis, às fls. 795/814 do processo administrativo (CD-ROM, fl.103), estabeleceu na Cláusula 9ª apenas a obrigação de construção de 100 (cem) jazigos no 1º ano daquela concessão.

A indicação dos quantitativo, aceita pela comissão de licitação, se deu por meio do documento “Projeto urbanístico – implantação”, à fl.655 do processo administrativo (CD-ROM, fl.103), que apresenta aprovação do projeto de construção do cemitério Parque dos Girassóis pela Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, anterior à execução dos serviços, identificando o número total previsto de 41.448 jazigos, referente a área de 125.752,68 m² destinada a esse fim.

Não foi apresentado o contrato da concessão do cemitério Parque dos Girassóis, com o respectivo cronograma de investimentos, nem atestado ou outro documento que comprove de forma inequívoca a conclusão da construção de

abrigo no quantitativo exigido, demonstrando que, mesmo quanto à experiência da ENGIMURB na sua expertise de construção e manutenção, os documentos comprobatórios não se mostraram adequados e suficientes.

Dessa forma, viável é ressaltar o voto proferido pelo Exmo. Desembargador do TJ-MG, no dia 08/11/2018, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.18.080885-9/001, interposto pelo denunciante, no qual requereu a suspensão do certame em comento:

Ocorre que, em uma análise mais atenta, verifica-se que o empreendimento foi realizado em consórcio com outras empresas cuja participação foi a instalação, a administração, a operação e a manutenção de serviços cemiteriais. Isso quer dizer que, em conjunto, as consorciadas compartilharam seus conhecimentos específicos para o alcance do objeto do contrato, que era a concessão do serviço público de inumação e cremação de cadáveres.

Nesta toada, o art. 33, I, da Lei 8.666/93 dispõe que, quando admitida no edital a participação de empresa em consórcio, a comprovação da habilitação técnica pode se dar por meio do somatório dos quantitativos de cada consorciado. No entanto, **inexiste dispositivo semelhante que discipline o critério quando se almeja comprovar a aptidão técnica por meio de participação anterior em consórcio**. Em outras palavras, a lei não disciplina se será admitido o somatório dos papéis e experiências de cada consorciado ou se é necessária a demonstração de que o concorrente, por si só, no desempenho de sua participação individual, é tecnicamente habilitado para o certame.

Portanto, compete ao Edital, como lei interna da licitação, disciplinar a questão.

Sopesa-se que o relator do referido Acórdão considerou em seu voto que, embora pessoalmente não concordasse com o posicionamento da Administração quanto à aceitação dos documentos apresentados pela ENGIMURB, entendeu que não competia ao Poder Judiciário *“imiscuir-se no mérito do ato administrativo, sob pena de vilipêndio à separação dos poderes”*.

Data venia, esta Unidade Técnica entende que a questão não trata de interferência no mérito administrativo, pois houve clara inobservância de regras editalícias, tendo em vista que a empresa licitante não apresentou atestado ou

documento suficiente para comprovação de execução dos serviços e quantitativos exigidos, havendo, portanto, vícios de legalidade na decisão da Administração.

Impende destacar que a decisão judicial em questão não afasta a competência deste Tribunal, em sede administrativa, de avaliar a legalidade dos atos de gestão da Administração.

Para mais, é importante destacar que a jurisprudência majoritária tem se posicionado no sentido de que deve ser inabilitada, para concorrer ao certame, aquela empresa que não juntar aos autos atestado que comprove a sua capacidade técnica, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. **INABILITAÇÃO DO LICITANTE**. DUPLO FUNDAMENTO. LIMINAR INDEFERIDA. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE UM DOS FUNDAMENTOS DA INABILITAÇÃO. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E ISONOMIA ENTRE OS LICITANTES. Em sede de liminar em mandado de segurança, não se vislumbra a fumaça do bom direito necessária para admitir sua concessão, se, dos dois fundamentos utilizados para decretar a inabilitação de um dos licitantes, apenas um deles é impugnado pelo impetrante. Isto porque, ainda que o fundamento objeto de impugnação fosse superado, a decisão de indeferimento da liminar subsistiria, em virtude do não atendimento ao outro requisito imposto para a habilitação de todos os participantes da licitação. Inexistindo documentos capazes de demonstrar suficientemente o suposto ato ilegal ou praticado com abuso de poder contra direito líquido e certo da agravante, o indeferimento da liminar em mandado de segurança, por possuir natureza excepcionalíssima, deve ser mantido, haja vista que o ato impugnado acha-se em perfeita harmonia com os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, em especial, o da impessoalidade e o da isonomia entre os licitantes. Assim, frise-se que o simples fato de persistir a **ausência de atestado de capacidade técnica para execução dos serviços de implantação de ciclovias e baias de ônibus**, requisito imposto para a habilitação de todos os participantes da licitação, já é o **suficiente para demonstrar a ausência do *fumus boni iuris*, imprescindível para o deferimento da liminar.** (Grifo do autor)¹

¹ Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 6ª Turma Cível. Agravo de Instrumento 20130020217493AGI. Agravante: Terraplana Engenharia e Comércio LTDA. Agravado: Distrito Federal. Relator: Desembargador Esdras Neves. Data de publicação: 14/01/2014. Pág.: 123.

Nesse sentido, considerando os dispositivos 17º e 19º do instrumento de consórcio, o qual comprovou que a empresa ENGIMURB não teve participação na administração, gerência e empreendimento do cemitério em Ribeirão Preto, e considerando ainda que esse tem sido entendimento majoritário dos Tribunais, entende esta Unidade Técnica que os documentos apresentados pela ENGIMURB não comprovam de forma adequada e inequívoca que a referida empresa possui experiência para cumprir o objeto licitado, razão pela qual, vislumbra-se haver irregularidade neste item.

2.2 DO PREÇO EXCESSIVO E DA NÃO ELABORAÇÃO DE ESTUDOS PERTINENTES PARA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA

Denúncia: Em suma, o denunciante critica a proposta econômico-financeira apresentada pela empresa ENGIMURB, alegando preço excessivo, da qual consta, acréscimo linear sobre a tarifa, no percentual correspondente a 20%, segundo fl. 854 dos autos.

A denúncia faz menção à Ata nº 30, referente a sessão realizada pela Comissão Permanente de Licitação, ocorrida em 02/05/2018 (fl. 858), onde foi processada a abertura dos envelopes apresentados pela licitante.

Por outro lado, o denunciante aponta à fl. 05v que, posteriormente, no decorrer da sessão pública realizada em 02/05/2018, possibilitou-se que a empresa ENGIMURB reduzisse sua proposta em 21% (vinte e um por cento).

Nesse sentido, relatou o denunciante que tal redução é incoerente com a realidade da empresa, haja vista que a licitante jamais geriu ou administrou um cemitério, e aceitou, sem lógica, reduzir sua receita em 21% no decorrer da própria sessão pública.

Assim, concluiu seu entendimento da seguinte maneira:

“Não é preciso qualquer esforço para concluir que a postura adotada pela empresa licitante e admitida (incentivada) pela Comissão de Licitação e demais autoridades responsáveis pela condução do certame, foi, no mínimo, altamente irresponsável e resultará no absoluto fracasso da concessão”. (Grifo do autor)

Outro aspecto também reportado, à fl. 6 dos autos, é que, segundo o entendimento do denunciante, houve, no presente caso, o instituto da negociação de preços, próprio e especificamente direcionado para as licitações do tipo pregão, em certame que teve por objeto a concessão de serviços públicos, na modalidade concorrência.

Aponta, ainda, o denunciante que se aplicou por analogia no referido contrato, a previsão constante na Lei 10.520/02, relativa a modalidade de licitação denominada pregão, para possibilitar que a licitante ENGIMURB ofertasse nova proposta.

Análise: O critério a ser adotado para o julgamento das propostas econômicas previsto no edital, é o de maior desconto linear sobre os serviços cemiteriais, conforme item 9.5 do instrumento convocatório.

Segundo exposto na Ata, a Comissão, após realizar a abertura dos envelopes e a verificação da proposta apresentada pela empresa ENGIMURB, declarou que:

A proposta está acima do valor estimado para a licitação, não sendo aceita pela Comissão de Licitação. O edital estabelece expressamente que o critério é de maior desconto linear sobre os serviços. **A licitante não trouxe desconto, mas acréscimo nas tarifas, o que inviabiliza a aceitação da proposta.** Estando a proposta em desacordo com o edital, a mesma está fadada à

desclassificação, conforme item 9.9 do instrumento convocatório. **Pelos princípios da economicidade e celeridade, e se valendo, por analogia do preceito contido no art. 4º, XVII da Lei 10.520/2002 que autoriza a negociação com o proponente, a comissão de licitação indaga à licitante se esta apresenta nova proposta de preço.** (Grifo nosso)

Contudo, na mesma sessão, a licitante apresentou nova proposta, na qual foi posteriormente verificada e aceita pela Comissão, com base na fl. 860, senão vejamos:

Proposta da empresa: ENGIMURB= -1% (desconto de um por cento)

As tarifas dos serviços cemiterias foram fixadas pela Decreto n. 5.991/2016, desde então os preços não sofreram qualquer correção para o presente certame, portanto, passaram quase 2 anos da fixação dos preços. O edital inclusive prevê a correção das tarifas pelo IPCA do IBGE conforme consta do item 21.2 do edital a partir do contrato. **Desta forma a comissão aceita a proposta, visto que abaixo do valor estimado para o certame.** (...) (Grifo nosso)

Dessa forma, uma vez que a licitante apresentou nova proposta concedendo desconto de 1% sobre a tarifa, onde foi aceita pela Comissão de Licitação, visto que, conforme narrado acima, o desconto ofertado está abaixo do valor estimado para o certame, não assiste razão ao denunciante ao alegar preço excessivo na apresentação da proposta econômico-financeira da empresa ENGIMURB.

Todavia, conforme consta nos autos e mídias anexas, embora o denunciante tenha trazido a informação de que a empresa ENGIMURB ofertaria desconto na sua proposta em 21%, não consta nos autos prova do alegado, motivo pelo qual, tal informação não merece prosperar.

Quanto à alegada negociação de preços que seria somente aplicada ao pregão conforme relatado pelo denunciante, insta salientar que o edital estabelece previsão para critério de reajuste de preços, no item 21.1, no qual é ainda definido no art. 65 da Lei 8.666/93.

O artigo 65 da Lei 8.666/93 dispõe:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - Por acordo das partes:

Assim, conforme se verifica, havendo previsão legal para tanto, não há que se falar em irregularidade neste ponto.

2.3 DA ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO E DAS CONDIÇÕES RELATIVAS À EXECUÇÃO CONTRATUAL SEM A REABERTURA DO PRAZO MÍNIMO PARA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS. VIOLAÇÃO AO ART. 21§4º DA LEI 8.666/93.

Denúncia: Em resumo, alega o denunciante que no certame em comento, houve alteração no edital sem que tivesse sobrevivido, por sua vez, novo prazo para que os interessados pudessem se adequar tempestivamente.

Ainda, o denunciante também questiona acerca da alteração no item 16.1 do edital, feita em 29 de março de 2018, conforme errata acostada à fl. 416 dos autos.

Onde se lê:

16.1. Se responsabilizar pelo pagamento da aquisição da área para implantação do cemitério parque declarada de utilidade pública pelo município de Uberaba, assim como todos os tributos e encargos, após o cumprimento do item 15. 22 desse edital.

Leia-se:

16.1. Se responsabilizar pelo pagamento da aquisição da área para implantação do cemitério parque declarada de utilidade pública pelo município de Uberaba, assim como todos os tributos e

encargos, após o cumprimento do item 15. 22 desse edital, **no prazo de até 10 (dez) dias após a adjudicação do objeto.** (Grifo do autor)

Destarte, o entendimento do denunciante, à fl. 7v é que as alterações realizadas no instrumento convocatório, geram impacto na formulação das propostas dos licitantes, o que, consequentemente, resulta em violação ao art. 21 §4º da Lei nº 8.666/93 e indevida restrição e direcionamento do rol de licitantes.

Por fim, no que se refere aos tópicos questionados, o denunciante terminou seu apontamento, concluindo:

Alterar o edital permitindo que mais empresas se qualifiquem para a execução do contrato sem possibilitar o tempo legal necessário para a elaboração de propostas e alterar as condições relativas à execução contratual, implicando no remanejamento de todo o conjunto das obrigações impostas à concessionária às vésperas da sessão de entrega e abertura dos envelopes caracteriza **nefasta violação ao princípio da ampla competição, implicando em beneficiamento e direcionamento da licitação para quem, porventura, já tivesse conhecimento prévio da alteração que seria empreendida e em violação ao art. 21 §4º da Lei nº 8.666/93**, que é categórico ao dispor acerca da necessidade de reabertura do prazo para elaboração das propostas, em caso de alteração das exigências edilícias. (Grifo nosso)

Análise: Estabelece o artigo 21 §4º da Lei 8.666/93 que:

§4º. Qualquer modificação no edital, exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração, não afetar a formulação das propostas.

A redação original do instrumento convocatório, quanto ao item 8.1.4.3, estabelecia a necessidade de que os interessados na licitação, apresentassem

atestados registrados em Conselho de Classe e que apresentassem, ainda, Certidão específica de Acervo Técnico, como se observa:

8.1.4.3. Comprovação que a pessoa jurídica possui aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos como objeto da licitação **através da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica-operacional devidamente registrado(s) no conselho competente da região onde os serviços foram executados, acompanhados(s) da(s) respectiva(s) Certidão(ões) de Acervo Técnico – CAT, expedida(s) pelos Conselhos correspondentes**, comprovando a implantação, administração, gestão, operação e manutenção dos serviços de cemitérios, com no mínimo de 5.000 (cinco mil) jazigos. (Grifo nosso)

A posteriori, as exigências que constavam na redação antiga, foram alteradas para o fim de excluir a necessidade de registro do atestado em qualquer Conselho de classe, bem como, para dispensar as licitantes interessadas da apresentação de Certidão de Acervo Técnico.

Dessa forma, a nova escrita do ponto 8.1.4.3 ficou seguinte forma:

8.1.4.3. Comprovação que a pessoa jurídica possui aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos como objeto da licitação, comprovando a implantação, administração, gestão, operação e manutenção dos serviços de cemitérios, com no mínimo de 5.000 (cinco mil) jazigos.

Consoante fl. 414 dos autos, verifica-se que tal alteração ocorreu na data de 29 de março de 2018, isto é, 5 dias úteis antes da data designada para a realização da sessão pública de entrega e abertura dos envelopes, marcada para 05 de abril de 2018.

Nota-se que o artigo 21 §4º da Lei 8.666/93 é claro ao estabelecer que qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o

texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido. Verifica-se que no certame ora em apreço, não houve abertura de novo prazo para reformulação das propostas. Do contrário, as alterações nos itens 8.1.4.3 e 16.1 do edital se deram apenas 5 dias úteis antes do prazo fixado para entrega dos envelopes, resultando em descumprimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, visto que, qualquer modificação deveria respeitar o disposto no edital.

Dessa forma, constata-se que a não concessão de abertura de prazo para a reformulação de novas propostas restringe a competitividade do certame, gerando consequente prejuízo aos licitantes e violação a literalidade do dispositivo 21 §4º da lei 8.666/93, motivo pelo qual conclui esse Órgão Técnico ser irregular o apontamento em questão.

2.4 DO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES IMPRESTÁVEIS PARA ELABORAÇÃO DAS PROPOSTA

Denúncia: Em suma, relata o denunciante que a proposta apresentada pela empresa vencedora demonstra uma série de vícios, dentre eles, o não fornecimento de informações mínimas necessárias que comprovem a aptidão financeira da concessionária.

Segundo narra a denúncia, as informações fornecidas pela empresa são de tal maneira superficiais e incompletas que, da forma como lançado o edital, resta impossível a qualquer interessado (que não aquele que porventura detenha informações privilegiadas) estabelecer quais os parâmetros que deveriam ser adotados para a formulação das propostas.

Ainda, afirma haver ausência de estudos de viabilidade por parte da empresa vencedora, que propiciam a estimativa das despesas e investimentos a serem suportados pela concessionária.

Análise: Conforme já narrado no presente relatório, a empresa ENGIMURB apresentou junto às fls. 537 a 838, todos documentos que restavam ausentes para que a licitante pudesse ser habilitada no certame.

O edital estabelece em seu item 8.1.3 que a habilitação da licitante se dá com a apresentação dos seguintes documentos:

8.1.3. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social já exigíveis, assinados por contador ou por outro profissional equivalente, devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade e apresentados na forma da Lei, **que comprovem a boa situação financeira da empresa,** sendo vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizadas quando encerradas há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da Proposta, tomando como base a variação, ocorrida no período, do ÍNDICE GERAL DE PREÇOS – DISPONIBILIDADE INTERNA – IGP – DI, publicado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV ou de outro indicador que o venha substituir. (Grifo nosso)

Dessa forma, considerando a redação prevista no item 8.1.3 do instrumento convocatório, considerando os cálculos dos índices contábeis apresentados às fls. 659 e ss., nos quais resultam na boa situação financeira da licitante, verifica-se que a concessionária forneceu e apresentou todos os estudos de viabilidade econômica necessários, dentro dos parâmetros exigidos no edital, provando assim, que a mesma possui aptidão financeira para suportar as despesas e investimentos provenientes do objeto licitado.

2.5 DA AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DAS CONDIÇÕES PARA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS E METAS A SEREM ATINGIDAS

Denúncia: Aponta o denunciante que o edital não estabeleceu de forma clara e devida as condições para ocorrer a prorrogação do contrato de concessão, na medida em que, tal prorrogação somente poderia acontecer em casos

excepcionais. Além disso, aponta também que não fora previsto no instrumento convocatório, as metas e parâmetros de qualidade que devem ser atingidos pela concessionária, o que resulta em violação ao artigo 18, I da Lei 8.987/95.

Assim, entendeu o denunciante que:

Ao deixar aberta a possibilidade de prorrogação contratual sem qualquer critério ou condição a ser atendida pela concessionária, acabou-se por possibilitar a adoção de medidas arbitrárias e de manifestação de favoritismo no que toca à prorrogação dos contratos de concessão que vierem a ser celebrados. (Grifo do autor)

Análise: Os itens 2.1 e 2.1.1 do referido instrumento convocatório estabelecem que:

2.1. O prazo da concessão é de 50 (cinquenta) anos, contados da entrada em operação do cemitério, conforme estudo de viabilidade econômica, **podendo ser prorrogado, desde que não exista manifestação contrária de qualquer das partes, bem como haja interesse pelo Poder Concedente**, conforme previsto na Lei Federal nº 8.666/93, Lei Federal nº 8.987/95, na Lei Complementar Municipal nº 380/2008 e suas alterações, Lei Municipal nº 11.317/2011 e Decreto nº 3116/2014. (Grifo nosso)

2.1.1. A prorrogação prevista no item 2.1 desse edital, ressalvada a hipótese de manifestação contrária pela Concessionária, somente deixará de ser efetivado pelo Poder Concedente nas hipóteses de a Concessionária não apresentar satisfatório padrão de desempenho na prestação de serviço ao longo do período contratual, o qual será devidamente aferido em avaliações periódicas pelo Poder Concedente.

No que se refere aos itens mencionados, e baseado no que dispõe o artigo 23, inc. XII da Lei 8.987/95, verifica-se que, as condições de prorrogação para os contratos de concessões, encontram respaldo legal. Nesse sentido, uma vez havendo interesse por parte do Poder Concedente, poderá ser feita a prorrogação contratual. Tal dispositivo contradiz a alegação do denunciante, o qual defende

que, os contratos de concessões só poderiam ser prorrogados em casos excepcionais.

À vista disso, considerando o artigo previsto no instrumento convocatório, nota-se que o referido edital se pautou em estabelecer as condições de prorrogação do contrato em questão.

Além do mais, no tocante ao questionamento narrado na denúncia acerca da ausência de metas e parâmetros previstos no edital, constata-se que o contrato de concessão assinado entre a empresa ENGIMURB e a Prefeitura de Uberaba, dispõe sobre as obrigações da concessionária, consoante às fls. 44 a 46.

Conforme se vislumbra, os itens que decorrem deste tópico, dizem respeito às metas e obrigações a serem cumpridas pela licitante. Dentre os itens arrolados, destaca-se o 16.12, que alude sobre o cumprimento do cronograma feito para implantação do cemitério.

Nesse seguimento, considerando a existência de cronograma estabelecido para a execução do objeto licitado, considerando o estipulado rol de obrigações a serem cumpridas pela concessionária, conclui-se que o referido edital compõe-se de metas e parâmetros exigidos por lei, motivo pelo qual não infere haver irregularidades.

2.6 DA INDEVIDA RESTRIÇÃO AO UNIVERSO DE LICITANTES PELA AMPLIAÇÃO DA ABRANGÊNCIA DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO

Denúncia: A denúncia faz menção ao questionamento quanto ao item 5.4 do edital, alegando que a sanção de suspensão do direito de participação em licitação ficaria restrita ao ente aplicador da penalidade. Entende o denunciante que o Município de Uberaba ampliou o rol de aplicabilidade dessa sanção.

5.4. É vedada a participação de empresas

(...)

5.4.3. Empresa suspensa ou impedida de transacionar com a Administração Pública ou qualquer de seus órgãos descentralizados.

O denunciante ressalta que o art. 87 da Lei 8.666/93, traz diferença, no que se refere à natureza e abrangência das sanções a serem aplicadas pela Administração.

Alega o denunciante à fl.11 dos autos, que há distinção ao conceito de Administração e Administração Pública. Em resumo, defende o denunciante que, a leitura do artigo 87 da Lei de Licitações e Contratos, estabelece que a sanção de **suspensão temporária de participação em licitação ou impedimento de contratar**, prevista no inciso III, abrangeria à **Administração**, apenas para o órgão público competente para aplicar sanção, não se estendendo à **Administração Pública** (como um todo) direta e indireta e suas respectivas entidades. Isso posto, concluiu que, houve notório equívoco por parte da Prefeitura de Uberaba em estender à aplicação da sanção a toda Administração Pública. (Grifo do autor)

Denúncia: Sobre o assunto, dispõe o art. 87 da Lei nº 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

III - Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a **Administração**, por prazo não superior a 2 (dois) anos

IV - Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a **Administração Pública** enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos

prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (Grifo do autor)

É válido destacar que o artigo 6º da Lei 8.666/93 traz a diferenciação do que se deve entender por “Administração” e o que se deve entender por “Administração Pública, senão vejamos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

(...)

Conforme se verifica, a análise conjunta de ambos incisos extermina qualquer dúvida que possa existir entre os conceitos de Administração e Administração Pública. Cabe ressaltar ainda que o Tribunal de Contas de Minas Gerais tem se posicionado no sentido de que a penalidade do inciso III do art. 87 abrange somente o ente que aplicou a sanção, ou seja a Administração, segundo inciso XII do art. 6º da Lei 8.666/93. Veja-se:

EMENTA: DENÚNCIA – PREGÃO ELETRÔNICO – ALEGAÇÃO DE QUE A VENCEDORA DO CERTAME NÃO ATENDEU ÀS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO – SUSPENSÃO PARA LICITAR – INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE DECLARAÇÃO INIDÔNEA PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO – PENALIDADE APLICADA COM BASE NO INCISO III DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. Diferentemente do que alega a empresa denunciante, não há nos autos prova de que a licitante vencedora tenha sido declarada inidônea para contratar com a Administração Pública. Embora não faça menção expressa, a decisão administrativa de suspensão de licitar, publicada no Diário

Oficial do Espírito Santo em 15/06/2011, fl. 312 dos autos da denúncia, baseia-se, ao que tudo indica, no inciso III do mesmo artigo, que comporta punição em gradação menor à declaração de inidoneidade. A par desta constatação, **entendo que a análise dos incisos XI e XII do art. 6º auxiliam a interpretação quanto à amplitude das punições previstas no inciso III e IV do art. 87 da Lei n. 8.666/93.** No primeiro caso, prevê-se “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”; e, no segundo, “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”. **Parece-me mais prudente a interpretação de que a adoção de expressões distintas, Administração Pública (inciso IV, art. 87) e Administração (inciso III, art. 87), não se dá por acaso. Ao contrário, revela harmonização com os conceitos trazidos para essas expressões pelos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, sendo a primeira referente a todos os entes públicos da administração direta e indireta e a segunda referente apenas à unidade distinta, específica, para o caso concreto. Este entendimento de que a penalidade do inciso III do art. 87 abrange somente o ente que a aplicou parece-me o mais razoável e encontra respaldo em parte considerável da doutrina especializada, à qual se filia, por exemplo, o saudoso Professor Carlos Pinto Coelho Motta.** (Grifo nosso)²

Além disso, o Tribunal de Contas da União também vem assim entendendo, como se vê o teor decisão, proferida por sua 2ª Câmara, que recomendou o jurisdicionado que se abstenha de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de suspensão temporária prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993:

Se comparado o inciso III com o IV conclui-se claramente pela abrangência da suspensão temporária, pois a primeira diz que é com a Administração e a segunda, com a Administração Pública. Conclui-se que **a suspensão impede a empresa penalizada de licitar ou contratar com o ente que a puniu** enquanto que a declaração de inidoneidade a proíbe de licitar ou contratar com qualquer ente governamental. (TCU – Acórdão 2.617/10) [Grifo nosso]

² Tribunal de Contas de Minas Gerais. 2ª Câmara. Denúncia nº:862133. Denunciante: Nutrisabor Assessoria e Alimentos LTDA. Órgão/Entidade: Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Relator: Conselheiro Sebastião Helvécio. Data de publicação: 13/09/2012.

Dessa forma, entende essa Unidade Técnica ser irregular a vedação imposta no item 5.4 do edital, a qual apresenta disposição contrária ao artigo 6º da Lei 8.666/93, estendendo a sanção de suspensão temporária de participação em licitação à toda Administração Pública.

2.7 DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO (REGULARIDADE FISCAL) DESVINCULADA DO OBJETO LICITADO

Denúncia: Narra a denúncia à fl. 12, que o instrumento convocatório questionado, contempla restrição nefasta consistente na inclusão de condições de habilitação que não guardam qualquer relação com o objeto licitado.

Aponta o denunciante que a prefeitura pretende contratar empresa para prestação de serviços cemiteriais, os quais se submetem unicamente ao recolhimento do ISSQN, imposto municipal. Contudo, conforme narrado, ocorreu que se inseriu dentre as exigências de habilitação, a necessidade de comprovação de regularidade fiscal perante o fisco estadual, sem qualquer restrição. Ou seja, exigiu-se a comprovação de regularidade fiscal completamente desvinculada da natureza do objeto licitado, acabando por abranger a necessidade de regularidade da proponente, no tocante ao ICMS.

Análise: De acordo com os itens 8.1.2.6 do edital, caberia às proponentes para fins de comprovar a sua regularidade fiscal a apresentação dos seguintes documentos:

8.1.2.6. CND ESTADUAL, através do documento “Certidão Negativa ou positiva com efeitos de Negativa, de débitos relativos aos Tributos Estaduais” do domicílio ou sede da licitante ou outra equivalente na forma da Lei;

Todavia, é oportuno transcrever a redação contemplada pelos artigos 18, inciso V e artigo 38, inciso VII, ambos da Lei 8.987/1995:

➤ **Art. 18.** O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

V- Os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e **da regularidade jurídica e fiscal;**

➤ **Art. 38.** A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, **a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais**, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

(...)

VII - A concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, **apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão**, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Grifo nosso)

Com base nos dispositivos acima transcritos, verifica-se que a exigência insculpida no referido instrumento convocatório, no que se refere à apresentação de documentos que comprovem a regularidade fiscal das empresas proponentes, encontram amparo legal, sendo ainda, de cunho obrigatório, sob pena de caducidade do contrato de concessão.

Vale lembrar ainda que de acordo com o entendimento do doutrinador Marçal Justin Filho³ (2003, p. 591) a extinção da concessão por infração do concessionário a seus deveres configura caducidade. Trata-se de uma modalidade de punição ao concessionário.

Nesse sentido, consoante o exposto acima e baseado nos artigos da Lei 8.587/95, conclui-se que o poder concedente poderá exigir a apresentação de tais documentos fiscais, a fim de que se apure a idoneidade financeira, jurídica e fiscal das proponentes.

Assim, não fora identificada irregularidade quanto a este apontamento.

3. DA CONCLUSÃO

Segundo análise proferida e em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, concluiu esta Unidade Técnica que deve ser citado o Prefeito Municipal de Uberaba, Sr. **Paulo Piau Nogueira** responsável pela assinatura do Ato de Homologação e Adjudicação da Concorrência Pública, o sr. **Leonardo Silva Quintino** Secretário, o Sr. **Guilherme Felix Amad**, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, bem como o Sr. **Arnaldo Luis da Costa Filho**, Sra. **Eliane Miziara Passaglia**, Sra. **Kelly Max Costa**, Sr. **Marcelo Marcos de Castro Carvalho**, Sr. **Ruy Martins Magalhães**, Sra. **Simone Florentino Magnino** e o Sr. **José Donizete de Melo**, membros da Comissão Permanente de Licitação (CD-ROM, fls. 856/861), também o Sr. **Carlos Magno Bracarense**, Sr. **Cristiano de Miguel Felipe**, Sr. **Fábio José Macciootti Costa**, Sr. **Marco Tulio Machado Borges Prata** e Sr. **Nagib Galdino Facury**, membros da Comissão Especial de Acompanhamento e Monitoramento, nomeados por meio da Portaria 417/2018 (CD-ROM, fl. 399), responsáveis pelos atos praticados no presente processo licitatório, para

³ FILHO, Marçal Justen. Teoria Geral das Concessões de serviço Público. 1ª edição. p.591.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados



apresentarem esclarecimentos sobre as irregularidades apontadas nos itens 2.1, 2.3 e 2.6 deste relatório técnico.

À consideração superior.

CFCPF, aos 17/12/2018.

Luciana Menicucci de Miranda Procópio
Coordenadora