

AUTOS DO PROCESSO Nº 1047863 – 2018 (PILOTO)

AUTOS DO PROCESSO Nº 1047939 – 2018 (APENSO)

1. IDENTIFICAÇÃO DO OBJETO

Tratam os autos de DENÚNCIAS referentes ao Edital de CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 01/18, PROCESSO LICITATÓRIO N. 03/18, deflagrado pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS, formado pelos Municípios de Alvinópolis, Bela Vista de Minas, João Monlevade, Nova Era, Rio Piracicaba, São Domingos do Prata, Passabem e Santa Maria de Itabira, objetivando, conforme fl. 27:

(...) a contratação de empresa que preencha as condições exigidas neste instrumento, para execução de serviços de **gerenciamento do destino final dos resíduos sólidos domiciliares/comerciais dos municípios de Alvinópolis, João Monlevade, Bela Vista de Minas, Rio Piracicaba, Nova Era, São Domingos do Prata, Santa Maria de Itabira e Passabem, através da operação, conservação, manutenção e realização de outros serviços como monitoramento, jardinagem etc. do aterro sanitário localizado no Município de João Monlevade/MG**, de acordo com as condições, cronogramas, demais exigências, instruções e minuta de contrato, integrantes deste edital.

2. RELATÓRIO

2.1 – PROCESSO DE DENÚNCIA Nº 1047863 – 2018 (PILOTO)

Tratam os autos de Denúncia, com pedido liminar de suspensão da Concorrência Pública n. 001/2018, apresentada pela empresa **GREEN AMBIENTAL EIRELI**, em face de supostas irregularidades no Processo Administrativo n. 03/2018 – Concorrência Pública n. 001/2018, promovido pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS, sendo a despesa mensal estimada em R\$225.873,15 (duzentos e vinte e cinco mil oitocentos e setenta e três reais e quinze centavos) conforme fl.118.

Conforme despacho, fls.53, o Conselheiro Presidente Cláudio Terrão, na data de 03/08/18, determinou a autuação dos documentos de fl. 01/50 como DENÚNCIA distribuindo-o à relatoria do Conselheiro-Substituto Licurgo Mourão, fl. 54.

Distribuídos os autos, o Conselheiro Relator, fl. 55, determinou a **intimação** do Sr. **Wilber José de Souza**, presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos

CPGRS, da Sra. **Elaine Cristina Barros Caldeira**, presidente da comissão de licitação do CPGRS, e da Sra. **Fabiana Ávila Modesto**, secretária executiva do CPGRS, para que prestassem esclarecimentos sobre os indícios de irregularidades constantes na denúncia de fls.1 a 6 e enviassem cópia integral da documentação relativa às fases interna e externa do processo licitatório n. 3/2018 Concorrência Pública n. 1/2018.

Os responsáveis foram intimados, conforme fls. 56/59, tendo o Sr. **Wilber José de Souza** encaminhado as justificativas de fls. 60/64, acompanhadas dos documentos de fls. 65/413, protocolizadas neste Tribunal em 09/08/2018, sob o n. **0004664910/2018**, fl. 60.

Conforme fls. 414/415, foram anexadas aos autos duas Procurações datadas de 20/08/2018, as quais nomeiam o Sr. **Wilber José de Souza** como procurador das Sras. **Fabiana Ávila Modesto** e **Elaine Cristina Barros Caldeira**, em atendimento aos ofícios n. 14073/2018, e 14075/2018, da Sec. da 2ª Câmara, fls. 57/58.

Cumprindo determinação do Relator, fl. 169 dos autos de n. 1047939, o processo n. 1047939 foi apensado aos autos de n. 1047863, conforme consta do Termo de Apensamento, fl. 417.

Os autos foram encaminhados ao Conselheiro Relator, fl. 420, que determinou a juntada do documento de fls. 421/515, protocolizada sob o n. 4628610/2018, fl. 421, por meio do qual o denunciante - **GREEN AMBIENTAL EIRELI** apresentou a peça inicial da denúncia formulada em versão original, acrescentando novos documentos. Em seguida, o Relator determinou o encaminhamento dos autos à CFEL para análise técnica inicial.

Os autos retornaram ao Conselheiro Relator que, em 17/10/2018, fl. 517, determinou a juntada da documentação protocolizada sob o n. 4950210/2018, fls. 521/530, encaminhada pelo Sr. Wilber José de Souza, Presidente **do CPGRS**, por meio do qual o denunciado solicita orientações quanto à homologação e à adjudicação da Concorrência Pública n. 01/2018, pedido este **indeferido** pelo Relator, diante da ausência de previsão legal e do fato de que a denúncia se encontrava em fase de saneamento processual, pendentes a análise inicial do órgão técnico do TCEMG e a manifestação preliminar do Ministério Público de Contas.

Em 22/10/2018, os autos foram encaminhados à CFEL para a elaboração da análise técnica inicial.

2.2 - PROCESSO DE DENÚNCIA Nº 1047939 – 2018 (APENSO)

Tratam os autos de Denúncia, com pedido liminar de suspensão da Concorrência Pública n. 001/2018 e anulação integral do edital e de todos os atos dele decorrentes. Denúncia, apresentada pela **CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA**, em face de supostas irregularidades no Processo Administrativo n. 03/2018 – Concorrência Pública n. 001/2018, promovida pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS, sendo a despesa mensal estimada em R\$225.873,15 (duzentos e vinte e cinco mil oitocentos e setenta e três reais e quinze centavos) conforme fl.69.

Conforme despacho, fls. 167, o Conselheiro Presidente Cláudio Terrão, em 14/08/2018, determinou a autuação dos documentos protocolados sob o n. 4684910, fls. 01/164, como DENÚNCIA e distribuição por dependência à relatoria do Conselheiro-Substituto Licurgo Mourão, em razão da conexão da matéria com o Processo n. 1047863, nos termos previstos no caput do art. 305 c/c o art. 117 do citado normativo

Distribuídos os autos, o Conselheiro Relator, fl. 169, determinou a intimação do **Sr. Wilber José de Souza**, presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos - CPGRS, da **Sra. Elaine Cristina Barros**, presidente da comissão de licitação do CPGRS, e da **Sra. Fabiana Ávila Modesto**, secretária executiva do CPGRS, nos termos do art. 166, § 1º, incisos VI e VII, da Resolução n. 12/2008, para que prestassem esclarecimentos sobre os indícios de irregularidades constantes na denúncia de fls. 1 a 18 e enviassem cópia integral da documentação relativa às fases interna e externa do PROCESSO LICITATÓRIO N. 3/2018, CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 1/2018.

Os responsáveis foram intimados, fls. 170/173, tendo os Srs. **Wilber José de Souza, Elaine Cristina Barros e Fabiana Ávila Modesto**, apresentado as justificativas de fls. 174/196, documentação protocolizada sob o n. 4739010, fl. 174.

Em cumprimento à determinação contida no despacho do Conselheiro Relator, fl. 199, o Expediente n. 30/2018, fl. 202, foi anexado aos autos, juntamente com a complementação da documentação, fls. 203/1393, que deu origem à referida denúncia, a qual, por equívoco, conforme relatado, fl. 202, ficou separada da documentação inicial apresentada inicialmente pelo denunciante, fls. 01/164.

Passa-se à análise dos pontos denunciados.

3. DA ANÁLISE DA DENÚNCIA APRESENTADA PELA CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA., PROCESSO Nº 1047939 – 2018.

Neste tópico serão analisados os pontos da denúncia, cuja matéria é de competência desta Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL. Os demais pontos, cuja matéria é de engenharia, serão analisados pela Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia - CFOSE.

3.1 - DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, FL. 10, CLÁUSULA 4.4.1 DO EDITAL, FL.34

Alega a denunciante que a exigência contida no item 4.4.1 do edital da Concorrência Pública n. 001/2018, fl.34, é ilegal por excluir da participação do certame empresas que se encontram em situação de recuperação judicial.

Alega que a Lei n. 11.101/05, em seu art. 52, inciso II, permite que empresas em tal situação contratem com o Poder Público.

Como fundamento, cita a decisões proferidas pelo STJ e no Processo de Denúncia n. 986583 deste Tribunal, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, nos seguintes termos:

(...) 4. “A APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE FALÊNCIA OU DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO IMPLICA A IMEDIATA INABILITAÇÃO, CABENDO AO PREGOEIRO OU À COMISSÃO DE LICITAÇÃO REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA AVALIAR A REAL SITUAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LICITANTE. (...)”

Os responsáveis, Srs. **Wilber José de Souza, Elaine Cristina Barros Caldeira e Fabiana Ávila Modesto**, às fl. 175/195, alegaram que 33 empresas solicitaram o edital da Concorrência Pública n. 001/2018, sendo que 10 empresas compareceram à sessão inaugural, credenciamento e abertura de envelopes.

Informaram, ainda, que a denunciante, Construtora Pontes de Minas Ltda., não participou da fase de credenciamento/habilitação, ocorrida em 07/08/2018.

Alegam, também, fls. 191/192, que a empresa denunciante, quando da sua apresentação da impugnação ao edital, não fez qualquer menção à suposta exigência restritiva, o que somente o fez agora, junto ao TCEMG.

Os responsáveis assim se manifestaram, fl. 191/192:

Não há no edital qualquer restrição a participação das empresas em processo de recuperação judicial, o que se exige é a CERTIDÃO, a qual, conforme bem sabido, visa atestar o estado de coisa, ou seja, a causa, motivo, razão ou circunstância da empresa em eventual processo de recuperação judicial.

De mais a mais a expressão “negativa” constante do item 4.4.1 do edital, apenas faz reproduzir a Lei das Licitações em seu artigo 31, inciso II:

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

(...)

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

(...)

Urge ressaltar que, conforme documento que junta a empresa Construtora Pontes de Minas Ltda., não se encontra em processo judicial, não havendo, ao tempo da fase de credenciamento/habilitação, qualquer restrição à sua participação. (sic)

ANÁLISE

Verifica-se que o item 4.4.1 do edital da Concorrência Pública n. 001/2018, fl.34, assim estabelece:

4.4 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

4.4.1 Certidão Negativa de Falência, Recuperação judicial ou Extrajudicial, Concordata expedida dentro dos 90 (noventa) dias antecedentes à data de abertura desta licitação ou segundo as disposições contidas no documento acerca do prazo de validade dele, admitindo-se certidões digitais. (g.n.)

A Lei Federal nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, em seu art. 52, inciso II e art. 69, assim estabelece:

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; (g.n.)

(...)

Art. 69. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial".

Parágrafo único. O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

A questão da recuperação judicial foi estabelecida pela Lei nº 11.101/05, gerando polêmica nas licitações. Afinal, a Lei nº 8.666/93 foi editada com base em legislação mais rigorosa nesse aspecto, e estabeleceu a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata pelos interessados em participar de licitações, como condição de habilitação.

A concordata deixou de existir e foi inserida no ordenamento a recuperação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ (Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 23.499/RS, sessão: 18.12.2014), em julgamento dessa matéria, entendeu que a empresa em recuperação judicial estaria, legalmente, em condições de participar de licitações, ou seja, “nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase.”

Por seu turno, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, ao julgar a possibilidade de participação de empresa em recuperação judicial em uma licitação, estabeleceu que a mesma “possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata.” Ao manter a decisão em agravo, o STF destacou que “a Administração Pública eram 100% da fonte de receitas da empresa, razão pela qual impossibilitá-la de participar de certames públicos seria sentenciá-la à falência”. (sic)

Já o TCU (Acórdão nº 8.271/2011-2ª Câmara) cientificou o órgão jurisdicionado que “em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93.”

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

Verifica-se, entretanto, que o item 4.4.1 do edital Concorrência Pública n. 01/2018, fl.34 exige “**Certidão Negativa de Falência, Recuperação judicial ou Extrajudicial, Concordata**”. A expressão “**Certidão Negativa**” refere-se à falência, logo,

não se pode concluir que a cláusula 4.4.1 do edital vedou, no processo licitatório, a participação de empresas em recuperação judicial.

Assim, esta Unidade Técnica entende que a exigência prevista no art. 4.4.1 do edital não impede a participação no certame de empresa em recuperação judicial, mas exige que seja apresentada na habilitação esta condição, sob pena de inabilitação. Portanto **improcedente a denúncia** quanto a este item.

3.2 - DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO, FL. 12, CLAUSULA 4.2.2 DO EDITAL, FL.32

Alega a denunciante que a exigência contida no item 4.2.2 do edital da Concorrência Pública n. 001/2018, fl.32, é ilegal.

Afirma que a dívida ativa engloba débitos não fiscais, como, por exemplo, multas por eventuais infrações administrativas e débitos impertinentes e incompatíveis com o objeto contratual, que extrapolam os limites da exigência prevista no art. 29, inc. III, da Lei n. 8666/93.

Por fim, afirma, fl. 13:

(...) o edital deveria limitar-se a exigir a Certidão Negativa de Débitos Tributários com a União Federal, e mesmo assim a inabilitação somente seria permitida se os tributos em débito se referissem a **atividade pertinente e compatível com o objeto licitado**.

Como fundamento, cita matéria de autoria de Marçal Justem Filho, na qual o autor se pronunciou nos seguintes termos:

4.1.2) Efeitos da adoção da regularidade fazendária (e não fiscal)

Se a regularidade fiscal for desvinculada da qualificação para a execução do objeto pretendido pela Administração Pública, os resultados serão inaceitáveis. Ter-se-á de reconhecer que a existência de um único débito para com a Fazenda Pública (mesmo sem qualquer pertinência com o objeto licitado) acarretaria a inabilitação. Assim, por exemplo, a existência de multa de trânsito, a ausência de pagamento de contribuição sindical, o inadimplemento do valor por ocupação de imóvel público ou dívida similar conduziria à inabilitação. (JUSTEM FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012, p.477.)

Os responsáveis, Srs. **Wilber José de Souza, Elaine Cristina Barros Caldeira e Fabiana Ávila Modesto**, às fl. 192, alegaram que, conforme dispõe o art. 1º da Portaria Conjunta RFB / PGFN n. 1751, de 02/10/2014, a prova de regularidade de empresa para com a Fazenda Federal se faz por meio de certidão atinente aos créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União.

Art. 1º A prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União (DAU) por elas administrados. (g.n.)

Por fim, os responsáveis afirmam que a exigência contida no subitem 4.2.2 do edital apenas reproduz o disposto no art. 29, inciso III da Lei n. 8666/93.

ANÁLISE

O item 4.2.2 do edital Concorrência Pública n. 001/2018, fl.32 assim dispõe.

4.2 – Regularidade fiscal e trabalhista
(...)

4.2.2 – Prova de regularidade com a Fazenda Federal, Dívida Ativa da União e INSS (Certidão de Quitação de tributos e Contribuições Federais e Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, fornecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, respectivamente, em conjunto, nos termos da IN RFB n. 734/2007 e do Decreto n. 6.106/2007). A certidão conjunta PGFN/RFB será emitida em nome do estabelecimento matriz, ficando condicionada à regularidade fiscal de todos os estabelecimentos filiais, conforme disposto no §1º da IN/RFB n. 734/2007; (g.n.)

Conforme decisão proferida no processo de Denúncia n. 911914 deste Tribunal, verifica-se que não cabe exigir nos editais de licitação que as licitantes apresentem certidões de quitação de obrigações fiscais (Fazendas Federal, Estadual ou Municipal, Dívida Ativa da União, FGTS e INSS), mas, sim, somente a prova de sua regularidade.

DENÚNCIA N. 911914

[...]

RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DO OBJETO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE.

EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA COMPROVANDO A REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA. JULGAMENTO POR LOTE E NÃO POR ITEM. AUSÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA E DA PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS E GLOBAL. PRORROGAÇÃO SUPERIOR A DOZE MESES SEM AUTORIZAÇÃO. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Para assegurar a competitividade no certame, **não cabe exigir** prazo exíguo de 24 horas para entrega do objeto e exigir **certidão negativa, ao invés de “prova de regularidade”, para comprovação da regularidade fiscal e trabalhista.**

(...)

Verifica-se que os artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional - CTN e art. 642-A, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, o efeito da “certidão negativa de débitos fiscais e trabalhistas” e da “certidão positiva com efeitos de negativa” é o mesmo, gozando os contribuintes de condições equivalentes.

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. (g.n.)

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição. (g.n.)

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa. (g.n.)

Art. 642-A, § 2º da CLT

“§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhista em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.” (g.n.)

Verifica-se, também, que a certificação de regularidade quanto à Dívida Ativa da União (DAU) é emitida nos termos da Portaria MF nº 358, de 5 de setembro de 2014, a qual dispõe sobre a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional.

O art. 1º da Portaria MF nº 358, assim estabelece:

Art. 1º A prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional -

PGFN, referente a todos os tributos federais e à Dívida Ativa da União - DAU por elas administrados. (g.n.)

Parágrafo único: A certidão a que se refere o caput não obsta a emissão de certidão com finalidade determinada, quando exigida por lei, relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União. (g.n.)
(...)

Ocorre que a lei geral de licitações e contratos é bem clara ao estabelecer, em seu art. 29, a exigência de “prova de regularidade” ao invés de “prova de quitação”.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (g.n.)
(...)

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; (g.n.)

Esta Unidade Técnica entende, portanto, que o edital da Concorrência Pública n. 01/2018, ao especificar em seu subitem 4.2.2, fl. 32, que a comprovação da regularidade fiscal da licitante seria feita mediante exigência de apresentação da “**Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União**”, extrapola o disposto no art. 29, inciso III, da Lei n. 8666/93. Portanto, **irregular o procedimento** por falta de amparo legal.

3.3 - DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DE ENCARGOS PARA PAGAMENTO DE FATURAS, FL. 13, CLAUSULA 19.1.3 DO EDITAL, FL. 46

Alega o denunciante, fls. 03/04, que o item 19.1.3 do edital condiciona o pagamento das faturas dos serviços prestados ao pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, o que, segundo o denunciante, é exigência ilegal por caracterizar enriquecimento ilícito da Administração.

Afirma que a única medida possível diante do inadimplemento de obrigações fiscais do contratado é a rescisão contratual, jamais a retenção de pagamentos.

Como fundamento para suas alegações cita decisões proferidas: pelo Tribunal de Contas da União (TCU, Acórdão n. 964/2012 – Plenário, Rel. Min. Walton Rodrigues), pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG, Consulta n. 862776, Rel. Cons. Adriene Andrade, j. 29.08.2012, p. 26.09.2012) e pelo Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 561.262/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Dje 31/08/2015) STJ,

AgInt no AREsp 503038/RJ, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª T, j. 09.05.2017, p. Dje 31.05.2017)

O denunciante alega, também, fl. 16, que a expressão “encargos comerciais” é muito ampla e coloca a fornecedora em condição de absoluta insegurança jurídica.

Os responsáveis, Srs. **Wilber José de Souza, Elaine Cristina Barros Caldeira e Fabiana Ávila Modesto**, às fls. 193/194, prestaram os seguintes esclarecimentos:

Nas contratações com o ente público deve-se observar o inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93, que estipula como cláusula obrigatória em todo contrato: “XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”. Assim, durante a execução dos contratos administrativos com pagamento em parcelas mensais, deve-se exigir, em estrita proteção ao ente público, as comprovações dos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas, sob pena de, em não o fazendo, responder solidariamente o ente público.

Não há qualquer caráter confiscatório na exigência, eis que interpretação do que contido da Lei de licitações.

ANÁLISE

O subitem 19.1.3 do edital, fl. 46, assim estabelece:

19 – DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO E REAJUSTE

(...)

19.1.3 - Após adimplemento mensal do contrato, mediante nota fiscal/fatura e comprovação de pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato e medição discriminada e pormenorizada assinada pelo RT do CPGRS, o Contratante promoverá o pagamento do valor devido, em moeda corrente, até o último dia de cada mês. (g.n.)

Verifica-se que, conforme decisão proferida no Processo n. 862.776, de relatoria da então Conselheira Adriene Andrade, este Tribunal já se manifestou pela ilegalidade da retenção de pagamentos devidos por serviços contratados, efetivamente prestados ou disponibilizados a contento, nos casos em que o fornecedor dos bens ou o prestador de serviço se encontrava em dívida para com a Fazenda Pública. A decisão foi nos seguintes termos:

Ementa de Parecer em Consulta – Tribunal Pleno

Processo: **862776**
Natureza: Consulta

Órgão/Entidade: Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – PRODEMGE

[...]

Relatora: Conselheira Adriene Andrade

Sessão: 29/08/2012

Decisão unânime

EMENTA: CONSULTA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – EXECUÇÃO CONTRATUAL – COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO (ART. 55, XIII, DA LEI N. 8.666/93) – DESCUMPRIMENTO DESSA OBRIGAÇÃO – RETENÇÃO DE PAGAMENTO DEVIDO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – SANÇÃO ADMINISTRATIVA NÃO PREVISTA NO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93. (g.n.)

1) É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF, devendo a comprovação permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser “*obrigação do contratado manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação*”.

2) A Administração Pública não pode negar a devida contraprestação pecuniária por bens ou serviços contratados que lhe foram efetivamente prestados ou disponibilizados a contento, ainda que o fornecedor dos bens ou o prestador de serviço se encontre em dívida com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, pois além de não encontrar amparo legal, configura enriquecimento ilícito da Administração Pública. (g.n.)

3) A Administração poderá, em razão de descumprimento de cláusula contratual, imputar as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 ou, até mesmo, rescindir o contrato. Todavia, a retenção de pagamento em razão de o contratado não manter a regularidade fiscal perante a Fazenda Pública ofende o princípio da legalidade insculpido na Carta Magna, por não constar do rol das condições para o pagamento de acordo com o que dispõe o art. 87 da Lei nº 8.666/93. (g.n.)

Verifica-se que o art. 87 da Lei n. 8666/93 assim estabelece:

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

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

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.

(...)

Considerando que a retenção de pagamento não consta na relação das sanções administrativas passíveis de serem aplicadas nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, conforme art. 87 da Lei nº 8.666/93, esta Unidade Técnica entende pela **ilegalidade da exigência prevista no subitem 19.1.3 do edital**, fl. 46, em razão de que a exigência de comprovação de pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução contratual, como condição para o pagamento pelos serviços prestados, fere o princípio da legalidade e também o disposto no art. 87 da Lei nº 8.666/93. Logo, **procedente** a denúncia.

4. DA ANÁLISE DA DENÚNCIA APRESENTADA PELA CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA. (PROCESSO Nº 1047939 – 2018 - APENSO). PONTOS A SEREM ANALISADOS PELA CFOSE, EM RAZÃO DA MATÉRIA SER DE COMPETÊNCIA DA ENGENHARIA.

Itens denunciados:

4.1 – DA EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA A COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA-PROFISSIONAL, CLÁUSULA 4.3.1, ALÍNEA “A”, DO EDITAL, FL.03.

4.2 – DA EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS SUPERIORES A 50% - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA, FL. 05.

4.3 – DA NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL, FL. 08.

ANÁLISE:

Considerando a especificidade da matéria ora denunciada que envolve questões técnicas da área de engenharia, cuja análise compete à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE, esta Unidade Técnica entende necessário o encaminhamento dos autos àquela Unidade Técnica, para análise dos itens 4.1, 4.2 e 4.3, acima descritos.

5. DA ANÁLISE DO EDITAL EM FACE DA DENÚNCIA APRESENTADA PELA EMPRESA GREEN AMBIENTAL EIRELI, PROCESSO Nº 1047863 – 2018 (PILOTO). PONTO A SER ANALISADO PELA CFOSE, EM RAZÃO DA MATÉRIA SER DE COMPETÊNCIA DA ENGENHARIA.

Item denunciado:

5.1 – VÍCIOS E ILEGALIDADES DIVERSAS CONTIDAS NO PROJETO EXECUTIVO E NO MEMORIAL DESCRITIVO OS QUAIS, SEGUNDO A DENUNCIANTE, INVIABILIZAM A ELABORAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇOS.

A denunciante questiona que os vícios e ilegalidades no projeto executivo e no memorial descritivo inviabilizam a elaboração da proposta de preços.

ANÁLISE:

Considerando a especificidade da matéria ora denunciada que envolve questões técnicas da área de engenharia, cuja análise compete à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE, esta Unidade Técnica entende necessário o encaminhamento dos autos àquela Unidade Técnica, para análise do item 5.1 acima descrito.

6. CONCLUSÃO

Diante do exposto, após análise da documentação acostada aos autos em face da Denúncia, considerando a competência da CFEL, esta Unidade Técnica entende procedente a denúncia quanto à ocorrência das seguintes irregularidades:

- 1 - EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE QUITAÇÃO DA DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO, FL. 12, CLAUSULA 4.2.2 DO EDITAL, FL.32;**
- 2 - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DE ENCARGOS PARA PAGAMENTO DE FATURAS, FL. 13, CLAUSULA 19.1.3 DO EDITAL, FL. 46**

Os responsáveis pelas irregularidades são os Srs. **Wilber José de Souza**, presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos - CPGRS, da **Sra. Elaine Cristina Barros**, presidente da comissão de licitação do CPGRS, da **Sra. Fabiana Ávila Modesto**, secretária executiva do CPGRS, e do **Sr. Cristiano Prates Leite dos Reis**, Assessor Jurídico, todos subscritores do edital da Concorrência Pública n. 001/2018, fl. 101 do PROCESSO Nº 1047863 – 2018 (PILOTO).

Considerando a especificidade da matéria ora denunciada que envolve questões técnicas da área de engenharia, cuja análise compete à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE, esta Unidade Técnica entende necessário o encaminhamento dos autos àquela Unidade Técnica, para análise dos seguintes pontos denunciados:

- 1 – DA EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA A COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA-PROFISSIONAL, CLÁUSULA 4.3.1, ALÍNEA “A”, DO EDITAL, FL. 03.**
- 2 – DA EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS SUPERIORES A 50% - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA, FL. 05.**
- 3 – DA NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL, FL. 08.**
- 4 – VÍCIOS E ILEGALIDADES DIVERSAS CONTIDAS NO PROJETO EXECUTIVO E NO MEMORIAL DESCRITIVO OS QUAIS, SEGUNDO A DENUNCIANTE, INVIABILIZAM A ELABORAÇÃO DA PROPOSTA DE PREÇOS.**

Esta Unidade Técnica entende, ainda, que, após os autos serem remetidos à CFOSE e ao Ministério Público de Contas, os responsáveis podem ser citados para apresentarem defesa em relação às citadas irregularidades e eventuais irregularidades apontadas pela CFOSE e apontamentos do órgão ministerial.

À consideração superior.



DFME/CFEL, 17 de janeiro de 2019.

Fernanda Starling de Pádua Vaz
Analista de Controle Externo
TC1536-6