

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – TCE-MG.**

URGENTE PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

DATA PREVISTA PARA ABERTURA DO CERTAME: 21 de MAIO de 2020 às 8h30.

DENUNCIANTE: EICON CONTROLE INTELIGENTE DE NEGÓCIOS LTDA

DENUNCIADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAÚNA – MG.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 026/2020

EICON CONTROLE INTELIGENTE DE NEGÓCIOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ: 53.174.058/0001-18, com sede na rua Bom Pastor, 2.732 - Sala 87, Torre Norte, Ipiranga - São Paulo - SP, CEP: 04203-003, por seu advogado que ao final subscreve, endereço de e-mail: juridico@tecnogroup.com.br, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência apresentar a presente:

REPRESENTAÇÃO/DENÚNCIA COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR

ao edital do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 026/2020**, oriundo do Processo licitatório nº **067/2020**, com fundamento artigo 113, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93, combinado



com os **arts. 60 e 61 da Lei Orgânica do TCE-MG, bem como nos art. 219, e 221, §§ 1º e 2º do Regimento Interno do TCE-MG**, pelos motivos fático, jurídicos e técnicos a seguir expostos:

I – DA CONTRATAÇÃO PRETENDIDA PELO EXECUTIVO MUNICIPAL DE ITAÚNA.

A Prefeitura Municipal de Itaúna, com a finalidade de efetivar a “*Contratação de licenciamento de uso temporário de Sistema para modernização da administração tributária municipal, incluindo implantação, conversão, treinamento e suporte; conforme descrições constantes no Anexo I deste Edital, tendo como critério de julgamento o MENOR PREÇO GLOBAL*”, cujo tipo de licitação, com data de abertura e lances agendada para o dia 21/05/2020 às 8h30.

Ocorre que após detalhada análise dos termos editalícios, podemos asseverar que o corpo do Edital ora impugnado está totalmente contaminado de ilegalidades e irregularidades, possuindo tais disposições incongruências com os ditames legais impostos pela Lei Federal nº 8.666/93 e pela jurisprudência do E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), que regem as licitações e os contratos administrativos.

Nessa toada, apresentamos, a seguir, **os erros formais e os vícios editalícios que evidenciam a necessidade de Impugnação do presente Edital**, e que serão demonstrados e comprovados no decorrer desta Impugnação, pugnando, ao final, pela suspensão imediata do certame e posterior retificação do certame, por atentar contra os princípios administrativos insculpidos na Constituição Federal e na Lei de licitações e Contratos Administrativos.



II – DOS TERMOS DO EDITAL COMBATIDO E DO DIREITO

Ao se tratar de licitações e contratos administrativos, o ordenamento jurídico pátrio estabelece diversos preceitos que devem ser observados pela Administração Pública no âmbito de suas atribuições, não se podendo deixar de recorrer aos ditames impostos pelo artigo 37, inciso XXI, da Carta Magna, que diz:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Por sua vez, a Lei de Licitações e contratos administrativos, em seu artigo 3º, dispõe que:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a



Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º - É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.”

Nessa esteira, para a existência de um procedimento licitatório idôneo, não se pode cogitar o desrespeito ao sistema normativo destacado, ao qual o espírito é bem traduzido nas palavras do renomado professor *Carlos Ari Sundfeld*¹:

“O princípio jurídico é norma de hierarquia superior a das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico.” [Grifei]

Ademais, a legalidade, princípio que orienta todo o ordenamento jurídico pátrio, deve acompanhar todos os atos que emanam da Administração

¹ Licitação e Contrato Administrativo. Ed. Malheiros, 2ª ed. p. 19.
Página 4 de 28



Pública, o que significa dizer que o Executivo Municipal de Itaúna deve agir nos mais estritos ditames legais.

Sobre a legalidade dentro do Direito Administrativo Brasileiro, o saudoso Doutor *Hely Lopes Meirelles*² ensinou:

*“A legalidade, como princípio da Administração (CF, art. 37, “caput”), significa que **o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso**”.* [Grifei]

Dentro do contexto ora esposado, é essência o processo licitatório tomar como base a aplicação de todos os Princípios Constitucionais e Administrativos, preservando, ademais, a eleição dos contratantes de qualquer influência parcial dos agentes administrativos ou de qualquer condição subjetiva que possa direcionar o julgamento do certame.

Pois bem, em que pese a relevância do objeto pretendido pela Municipalidade através do certame ora impugnado, o Edital ora combatido contempla diversas **irregularidades no que diz respeito aos aspectos jurídicos e técnicos da contratação**, restringindo a participação de potenciais interessados na disputa e impedindo a formulação de propostas comerciais pelas licitantes, quais sejam:

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. 2007. Malheiros – São Paulo, p. 87



2. I – DA IRREGULAR DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO NO PRESENTE CERTAME;

2. II – DA ILEGAL VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL;

2. III – DA IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA NO PRESENTE CERTAME;

2. IV– DA IRREGULAR LIMITAÇÃO AO TIPO DE PESSOA QUE PODE ATESTAR OS SERVIÇOS PRESTADOS PELAS LICITANTES – ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA QUE PODEM SER FORNECIDOS EMPRESAS PRIVADAS E PÚBLICA.

Desta forma, vem a ora Impugnante, tempestivamente, através deste arrazoado, demonstrar, relatar e apontar a Vossa Senhoria, de forma pormenorizada, todos os itens acima elencados que contaminam o Edital do Pregão Eletrônico nº 026/2020, retirando sua desejada e necessária legalidade.

Oportuno registrar, ainda, que a Administração Pública de Itaúna ao prosseguir com o certame da forma como se encontra não estará observando a tríplice finalidade do procedimento licitatório, quais sejam **(i)** selecionar a proposta mais vantajosa para Administração; **(ii)** conferir isonomia aos participantes **(iii)** promover o desenvolvimento nacional, sem perder de vista o cumprimento princípio da vinculação ao edital, no âmbito do Pregão Eletrônico nº 026/2020.



2. 1 – DA IRREGULAR DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS REUNIDAS EM CONSÓRCIO NO PRESENTE CERTAME.

Ilustre Julgado como é sabido a regra geral do processo licitatório é a ampla competitividade, tendo em vista que a finalidade da licitação não é o procedimento em si, mas a seleção da proposta mais vantajosa.

Em um mundo restrito de Licitantes dificilmente a Administração conseguiria concretizar àquela tripla finalidade do processo licitatório, quais sejam: **(i)** Garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; **(ii)** Garantir seleção da proposta mais vantajosa para a administração; **(iii)** promoção do desenvolvimento nacional sustentável. **Tudo isso respeitando aos princípios da legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, isonomia entre outros.**

Por conta de todo este arcabouço principiológico e finalista que não é possível admitir que no bojo do instrumento convocatório, que no dizer do saudoso Doutrinador Hely Lopes Meirelles, “*é lei entre as partes*”, haja previsões ilegais ou que atentem contra o princípio da ampla competitividade.

Acerca deste princípio o Ilustre Relator Ministro do Tribunal de Contas da União (TCU), Augusto Nardes, consignou que:

“Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI, CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão



permitidas 'as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações') e no § 1º, inc. I, art. 3º da Lei 8.666/93. Por isso, a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório. Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra. (...) ". Concordando com a instrução, considerou o relator "procedente a alegação da representante, pois não houve proporcionalidade entre o objeto do certame e a quantidade de experiência exigida aos licitantes". [Grifei]

Pois bem, a vista de tudo isso, resta claro que o edital do Pregão Eletrônico nº 26/2020, promovida pela Prefeitura Municipal de Itaúna está eivado de cláusulas e itens que restringem a ampla competitividade e por isso merece reparos e correções.

Mui Digno Julgador um destes itens que merecem reparos é a vedação a participação de empresas reunidas em consórcios no presente certame. Pedimos *vênia* para colacionar os itens que trazem tal vedação:

3.3. Não poderão concorrer, direta ou indiretamente, nesta licitação ou participar do contrato dela decorrente:

3.3.1. Aquelas declaradas inidôneas pela Administração Pública, direta ou indireta, Federal, Estadual,

³ Acórdão 93/2015 – Relator: Ministro Augusto Nardes. Tribunal de Contas da União. Brasil.



Municipal e Distrital, bem como as que estejam punidas com suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração.

3.3.2. Servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação, conforme artigo 9º, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93.

3.3.3. Empresas que tenham um ou mais sócios em comum.

3.3.4. Empresas em consórcio.; [Grifei]

Conforme visto, tal item restringe a participação de empresas reunidas em consórcio, todavia apresentando uma fundamentação quase que simplista para a sua determinação.

Na verdade, lendo o objeto do presente pregão eletrônico percebemos que a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio somente fará com que seja drasticamente reduzido o número de empresas que SOZINHAS consigam executar o objeto do presente certame.

Pedimos novamente vênias para colacionar o objeto do certame:

OBJETO: Contratação de licenciamento de uso temporário de Sistema para modernização da administração tributária municipal, incluindo implantação, conversão, treinamento e suporte; conforme descrições constantes no Anexo I deste Edital, tendo como critério de julgamento o MENOR PREÇO GLOBAL.



Lendo o termo de referência resta claro que não se trata tão somente de contratação de software dito de prateleira, mas trata-se também de contratação de desenvolvimento de software para a Municipalidade Licitante.

Por conseguinte, tal vedação ofende o princípio da competitividade e restringe que empresas que produzem softwares possam ser consorciar e participarem do presente certame.

Por fim, **é sabido que há o entendimento de que a previsão de participação de consórcios no certame é uma decisão discricionária da Administração, contudo, mesmo os atos discricionários devem ser fundamentados, pois não são meros frutos da vontade do Administrador, mas de uma escolha que envolve o interesse público.** Na esteira deste entendimento é possível colacionar entendimento do Colendo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que **DENÚNCIA N. 911645**, de relatoria do Conselheiro **DURVAL ÂNGELO**, vejamos:

DENÚNCIA N. 911645 Denunciante: Marcela Alexandrina Rodrigues Silva Denunciada: Prefeitura Municipal de Itabira Responsáveis: Damon Lázaro de Sena e Roberto Ferreira de Alencar Interessados: Eponina Matilde Bragança Silva, Robinson Mendes Felix Procurador: Alfredo Lage Drummond, OAB/MG 113.919 MPTC: Maria Cecília Borges RELATOR: CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO EMENTA DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. APONTAMENTOS IMPROCEDENTES: AUSÊNCIA DE NUMERAÇÃO E ASSINATURA; AUSÊNCIA DE



INDICAÇÃO DE AUTORIDADE SUPERIOR; PRAZO DE EXECUÇÃO PARA ALÉM DO EXERCÍCIO FINANCEIRO; É IRREGULAR O PROJETO BÁSICO QUE ESTABELEÇA MELHORES PROCEDIMENTO TÉCNICOS QUANDO NÃO SE TRATAR DE OBRA OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA; EXIGÊNCIA DE GARAGEM NO MUNICÍPIO; ESTIPULAÇÃO DE PRAZO PARA QUE DIRIGENTES OU RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DAS LICITANTES TENHAM SE DESVINCULADO DA ADMINISTRAÇÃO; EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE OU DE APTIDÃO COM LIMITAÇÕES DE TEMPO OU DE ÉPOCA; PRORROGAÇÃO DO CONTRATO SEM FUNDAMENTO LEGAL. AUSÊNCIA DE CLÁUSULAS RELATIVAS À LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 E VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. APONTAMENTOS PROCEDENTES: EXIGÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO CONDUTOR COM A EMPRESA; RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE COOPERATIVAS; RESTRIÇÕES IMPERTINENTES OU IRRELEVANTES PARA A OBTENÇÃO DO OBJETO LICITADO; INSUFICIÊNCIA DO PROJETO BÁSICO; AUSÊNCIA DE PLANILHA DE PREÇOS UNITÁRIOS E AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO DO OBJETO DO CERTAME. DENÚNCIA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA.

[...]

13) **Embora a aceitação ou não de empresas em consórcio na licitação seja um ato discricionário da Administração contratante (art. 33 da Lei n. 8.666/93), a decisão restritiva deve ser justificada no processo licitatório.** [Grifei]



O Conselheiro Gilberto Diniz, Relator do **Processo n. 859.159**, entendeu que a Administração deve sempre motivar a sua opção por não permitir a participação de empresa consorciadas. Vejamos:

No entanto, embora esteja no âmbito da discricionariedade da Administração, o Poder Público não está liberado para decidir pela vedação da participação de empresas em consórcio, tornando-se necessário que do processo licitatório conste justificativa plausível da sua escolha, conforme vem se sedimentando a jurisprudência, baseada no entendimento do TCU, exarado no Acórdão n. 1102/2009 - 1ª Câmara, com o seguinte teor: Necessidade de justificativa para a vedação da participação de consórcios em licitações. Mediante o Acórdão n. 1.102/2009-1ª Câmara, foi expedida determinação à Companhia Docas de Imbituba com o seguinte teor:

“1.5.1.1. se abstenha de vedar, sem justificativa razoável, a participação de empresas em consórcio, de modo a restringir a competitividade do certame, contrariando o art. 3º da Lei n. 8.666/1993”. Contra essa determinação, a entidade interpôs pedido de reexame, sob o argumento de que a interpretação do Tribunal estaria equivocada. O relator acompanhou a manifestação da unidade técnica, para a qual a conduta censurada, objeto da determinação, não fora a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio, uma vez que tal decisão encontra-se no campo discricionário do administrador, mas sim a ausência de justificativa razoável para a vedação. A fim



de expressar com exatidão o entendimento do Tribunal sobre a matéria, o relator propôs – e a Primeira Câmara acolheu – o provimento parcial do recurso, conferindo ao subitem 1.5.1.1 do acórdão guerreado a seguinte redação:

“caso seja feita a opção por não permitir, no edital do certame, a participação de empresas na forma de consórcios, considerando a faculdade constante do art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, justifique formalmente tal escolha no respectivo processo administrativo da licitação.” [Grifei]

Sendo assim, é possível afirmar que no edital não há nenhuma fundamentação ou motivação, por parte do Administrador, ao vedar a participação de empresas reunidas em consórcio. Tal motivação deve fazer parte do edital, tendo em vista o princípio da publicidade que também ilumina todo o processo licitatório.

Por tudo isso requer seja tal item do instrumento convocatório corrigido, para que preveja a possibilidade da mais ampla participação de empresas reunidas em consórcio, ou que seja consignado no documento a justificativa técnica e jurídica para a presente vedação.

2. II – DA ILEGAL VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.



Ilustre julgador, se não bastassem a irregularidade que acima denunciámos, outra ainda chamam atenção desta impugnante, ou seja, a clara vedação a participação de empresa em recuperação judicial ou extrajudicial.

Fazendo a análise do presente edital, nos deparamos com a total ausência de previsão de possibilidade de que empresas em recuperação judicial tenham permissão de participar do certame. Ao contrário, a única coisa que encontramos no presente edital são as seguintes palavras:

a) Certidão Negativa de Falência expedida pelo distribuidor da Sede da pessoa jurídica.

OBS.: Quando o órgão expedidor emitir somente a certidão Cível sem identificar que se trata de Falência, esta Certidão deverá vir acompanhada de documento do órgão expedidor confirmando que a CN Cível emitida inclui Falência.

Lendo os itens acima colacionado resta claro que no presente certame a Administração Pública de Itaúna não permitirá que empresa que estejam em recuperação judicial participem do certame.

Ora, o princípio da função social da empresa deverá sempre ser privilegiado, tendo em vista que esta produz renda e emprego. Na situação atual, em que muitas empresas se deparam com a crise, estas buscam no processo de recuperação judicial uma possibilidade de sair da crise.

Não seria justo com estas empresas, recorrem a um meio legal, criado para proteger estas empresas e diante de um processo licitatório estas empresas serem ilegalmente excluídas.



Este não é o espírito da Constituição Cidadã de 1988, tanto isso é verdade que o Tribunal Pátrio, tem repetido que é ilegal afastar estas empresas do certame público. Vemos este entendimento no bojo da **Denúncia 1031209**, de relatoria do Conselheiro WANDERLEY ÁVILA, que entendeu ser ilegal tal restrição, *in verbis*:

DENÚNCIA N. 1031209

Apenso: Denúncia n. 1031482 Denunciantes: Allbrax Consultoria e Soluções em Informática Ltda., e CMM Sistemas de Informação e Serviços Ltda. Partes: Diógenes Lopes Nogueira de Souza Vilela, Fernando Antônio Carvalho Franco, Fernando Meira de Faria, Dalton Leandro Nogueira, Alessandra Nogueira Santos Araújo, Jardel Carlos de Araújo, João Paulo Corradi Vasconcelos, Warlei Eustáquio de Souza, Peter Igor Volf, Leonardo Lopes Dornas Órgão: Prefeitura Municipal de Itaúna

RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

DENÚNCIA. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE CESSÃO E DIREITO DE USO DE SOFTWARES INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO. **SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.**



É irregular o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial, devendo ser acrescentado no ato convocatório a aceitação de certidão positiva de recuperação judicial. E no caso de empresa enquadrada nesta condição vencer o certame, a Administração deverá proceder a diligências para que a licitante comprove sua capacidade econômico-financeira para assumir o contrato. [Grifei]

O entendimento o Ilustre Conselheiro está plena consonância com o entendimento dos demais Tribunais de Controle Externo, que tem repetido e seus julgados, até sumulando a matéria, que é ilegal a vedação de empresa em recuperação, sendo igualmente irregular requerer a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Exemplo deste entendimento jurisprudencial que reconhece a ilegalidade da vedação a participação de empresas em recuperação é o do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que por meio da súmula nº 50, sacramentou seu entendimento. Vejamos:

SÚMULA Nº 50 - Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital. [Grifei]



Ademais, na seara do entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, restou consolidado o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de entender ilegal da restrição a participação de empresas em recuperação de certames públicos. Vejamos isto no bojo do **AREsp: 309867 ES 2013**, de relatoria do Ministro Gurgel de Faria:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado. 3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). **4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.** 5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de 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. **6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores. 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica. 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.***

(STJ - AREsp: 309867 ES 2013/0064947-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 26/06/2018, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/08/2018) [Grifei]

Apresentando, portanto, o plano de recuperação homologado pelo Juízo Competente, não há falar desclassificação por conta da não apresentação de certidão negativa de falência ou recuperação judicial.

Ilustre Julgador, a vista do entendimento pacífico dos Tribunais de Controle Externo e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, requer seja o item combatido corrigido para preveja o que aduz a súmula 50 do TCE-SP e a **Denúncia nº 1031209** de relatoria do Mui Digno Conselheiro Wanderley Ávila, respeitando o princípio de preservação empresa.



2. III – DA IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA NO PRESENTE CERTAME.

O edital vergastado também apresenta impropriedades no que se refere a possibilidade de apresentação de certidões positivas com efeito de negativa.

De início o edital traz o rol de certidões fiscais que as licitantes devem apresentar, sem, contudo, deixar claro que os licitantes que não possuem certidões negativas de débitos fiscais podem igualmente apresentar tais certidões positivas com efeitos de negativa.

Tal fato, se mostra ainda mais claro quando encontramos a determinação, no item abaixo, de que somente seriam aceitas as certidões negativas de débitos trabalhistas vejamos:

10.6.5 - REGULARIDADE TRABALHISTA

· Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, na forma do artigo 29, V, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei Federal nº 12.440/2011.

Ora, como é conhecido de todos a jurisprudência dos tribunais de contas têm admitido que os licitantes apresentem certidões positivas com efeito de negativas para débitos trabalhistas, como verifica da ementa da **Denúncia nº 886458, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila:**

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL PARA REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS. ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO E LOCALIZAÇÃO. CADASTRO OBRIGATÓRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.



RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. CLÁUSULA ABUSIVA. PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A imposição de prazo exíguo para a entrega do objeto licitado restringe a participação no certame às empresas localizadas na proximidade do local de sua entrega. 2. **A CLT equipara, no §2º do art. 642-A, a “Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da CNDT” à “Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT”, assim, não compete ao Administrador fazer distinção entre elas, de modo que, prevendo a aceitação de certidão negativa de débitos, deverá obrigatoriamente receber a certidão positiva com efeito de negativa como apta à comprovação da regularidade fiscal dos licitantes.** 3. O Administrador deve se abster de exigir, para fins habilitação em processos licitatórios, documentos além daqueles previstos nos art. 28 a 31 da lei 8.666/93, sob pena de caracterizar restrição ao caráter competitivo do certame, tais como, exigência de alvará de funcionamento e localização, bem como cadastro obrigatório junto ao município. [Grifei]

Portanto ao deixar de prevê a possibilidade de apresentação de certidões positivas com efeito de negativas, o Administrador acaba gerando confusão e critério subjetivos de julgamento dos documentos de habilitação, o que é totalmente incompatível com os ditames da Lei nº 8.666;93.

Ademais não é demais recordar que as empresas que estejam contempladas pela Lei Complementar 123 de 2006 também podem apresentar certidões positivas com efeito de negativa, logo não foi um erro ou esquecimento da Administração Pública Licitante, mas uma forma deliberada de a Municipalidade



Licitante impedir que sejam apresentadas certidões positivas com efeito de negativa em completo desrespeito à Lei Complementar nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), que aduz que as certidões positivas com efeito de negativa produzem o mesmo efeito que as certidões negativas. Vejamos:

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.

Neste exato sentido, impende consignar que o Colendo Tribunal de Contas da União possui entendimento que corroboram o que estamos defendendo, por isso pedimos vênua para poder citá-lo:

AC-1699-35/07-P

[VOTO]

9. Com relação aos documentos de habilitação requeridos pelo pregão da ABDI, noto, em primeiro lugar, que houve confusão quanto à diferença entre prova de “quitação” e de “regularidade” junto aos órgãos fazendários. Como explicado pela 5ª Secex, uma empresa pode não estar quite com o fisco, porém mesmo assim gozar de situação regular, se firmou acordo para novação ou parcelamento da dívida.

10. Segundo a ABDI, é do seu costume aceitar certidão positiva com efeito de negativa, ou seja, que reconheça a existência de débito cuja exigibilidade, contudo, está suspensa, equivalendo aos propósitos da prova de regularidade.

11. De fato, o art. 206 do Código Tributário Nacional prescreve que tal certidão, que, em princípio, atestaria apenas o estado de regularidade, tem os mesmos efeitos da prova de quitação. Nada obstante, não está claro no edital que os licitantes possam valer-se da certidão positiva com efeito de negativa.



12. Por conseguinte, para que algum potencial licitante não desista de concorrer porque não possui exatamente uma prova de quitação, e sim de regularidade, é aconselhável o esclarecimento do requisito de habilitação fiscal.

[...]

[ACÓRDÃO]

9.3. determinar à ABDI que, quando da abertura de novos procedimentos licitatórios, inclusive em substituição ao Pregão Presencial nº 09/2007, observe os seguintes preceitos na elaboração do edital:

[...]

9.3.1. limite-se a exigir, como condição para habilitação, a documentação referente à regularidade fiscal prevista no inciso IV do art. 12 do Regulamento de Licitações e Contratos da Agência, abstendo-se de requerer prova de quitação com a fazenda pública, a seguridade ou o FGTS; [Grifei]

Igualmente o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (**DENÚNCIA N. 1031673 de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz**) que acompanha a pacífica jurisprudência do TCU, entende ser irregular a impossibilidade e apresentação de certidões positivas com efeito de negativa. Vejamos:

DENÚNCIA N. 1031673

Denunciante: Eicon Controles Inteligentes de Negócios Ltda. Denunciada: Prefeitura Municipal de Sarzedo Exercício: 2018 Parte(s): Aline Figueiredo de Oliveira, Giovanni Eymard Antônio Fassy Procurador(es): Luiz Henrique Ornellas de Rosa, OAB/SP 277087; Gabriela Florenza Queiroz Beloto, OAB/SP 371889 MPTC: Glaydson Santo Soprani Massaria

RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ



*EMENTA DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO. LICENCIAMENTO DE USO DE SOFTWARE. IRREGULARIDADES. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM CONSÓRCIO. AUSÊNCIA DE QUESTÕES DE MAIOR VULTO E COMPLEXIDADE. POSSIBILIDADE DE AGLUTINAÇÃO DE OBJETOS EM ÚNICO CERTAME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO À IMPRESCINDIBILIDADE DE VISITA TÉCNICA. NÃO COMPROVAÇÃO DE MARGEM DE FAVORECIMENTO A PARTICIPANTES INAPTOS A CUMPRIR INTEGRALMENTE O OBJETO DA LICITAÇÃO. **EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS.** AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA PARTICIPAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRAZO EM CRONOGRAMA PARA IMPLANTAÇÃO DOS SERVIÇOS. NÃO COMPROVAÇÃO DE OFENSA À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÕES AO ATUAL GESTOR.*

4. A prova de regularidade fiscal deve ser feita mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos – CND, de Certidão Positiva de Débitos com Efeito Negativa – CPD/EN ou por outro meio eficaz que comprove tal situação. [Grifei]

Igual entendimento esboçou o Mui Digno Conselheiro Mauri Torres nos autos da **Denúncia nº 951367**, vejamos:

DENÚNCIA N. 951367

*Denunciante: Litucera Limpeza e Engenharia Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Pará de Minas
Interessado: Arbor Serviços e Manutenção Ltda. Apenso:*



DENÚNCIA: 951402 Partes: Antônio Júlio de Faria, Edilene Aparecida Barbosa, Flávia Dias Guimarães, Renato Vasconcelos de Melo, Patrícia Duarte Franco e Osvaldo Vieira Correa Procuradores: Grazielle Máximo Ferreira da Silva – OAB/MG 139032, Rodrigo Lázaro da Silva – OAB/MG 125948, Grazielle Soares Melgaço – OAB/MG 111967, Márcia Pereira Costa – OAB/MG 89774, Bruno Soares de Souza – OAB/MG 123494, Joel Mendes Barbosa – OAB/MG 79950, Eduardo Bonifácio Batista – OAB/MG 85240, Nathanaela Felícia Borges – OAB/MG 143385, Rejane da Silva Campanha Andrade – OAB/MG 139814, Vaneska Gomes – OAB/SP 148483 e OAB/MS 14639-A, Thiago Brunelli Ferrarezi – OAB/SP 296572 e Roberto Del Roy Junior – OAB/SP 286336 MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello

RELATOR: CONSELHEIRO MAURI TORRES

E M E N T A DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE LIMPEZA URBANA. FALHAS NO CERTAME. NÃO VIOLAÇÃO DA COMPETITIVIDADE E DA ISONOMIA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RECOMENDAÇÕES AO ATUAL GESTOR. ARQUIVAMENTO.

5. Recomenda-se que o gestor observe o disposto no art. 29, III da Lei de Licitações, a fim de se exigir a prova de regularidade fiscal abrangendo as certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. [Grifei]



A vista de tudo o que foi exposto, é censurável a falta de clareza do edital, bem como a exclusão ilegal que é feita da possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito de negativa que teria o condão de comprovar a regularidade fiscal das licitantes.

2. IV- DA IRREGULAR LIMITAÇÃO AO TIPO DE PESSOA QUE PODE ATESTAR OS SERVIÇOS PRESTADOS PELAS LICITANTES – ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA QUE PODEM SER FORNECIDOS EMPRESAS PRIVADAS E PÚBLICA.

Ilustre Julgador, a clareza dos editais de licitação é essencial para que os licitantes consigam fazer a análise de suas condições participação no certame, bem como da efetiva execução do objeto.

Os editais de licitação devem ser redigidos em compasso com o que prevê a Lei Geral de Licitações e Contratos, bem como em consonância com a jurisprudência dos Tribunais de Contas Pátrios. Contudo, após leitura detalhada deste edital, verificamos que a Administração Pública de Itaúna limita de forma irregular quem são as pessoas que podem atestar a capacidade técnica das licitantes.

Ora, o item 22, do termo de referência, que trata da QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, aduz que os atestados serão aqueles fornecidos por empresas de direito público ou privado. Vejamos:

22 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

22.1. A Qualificação Técnica será comprovada pelos seguintes documentos:

22.1.1. Pelo menos 01 (um) atestado fornecido por empresa jurídica de direito público ou privado que comprove o desempenho de atividade de fornecimento/serviço compatível com o objeto cotado.

O atestado de capacidade técnica deverá conter minimamente as seguintes informações: nome da empresa, endereço, nome do profissional responsável,



telefone para contato e descrição dos serviços realizados;
[Grifei]

Como sabemos o termo empresa não pode ser tido ou interpretado de forma ampla, pois no ordenamento jurídico brasileiro somente é empresa é uma atividade organizada fundada na organização dos fatores de produção (capital, mão-de-obra, matérias primas e tecnologia) que possibilitam a produção ou circulação de bens ou serviços e, por consequência, gerar riqueza ao empresário. Vale dizer, a atividade exercida pelo empresário deve ter caráter econômico.

Tal atividade organizada é exercida por um empresário, ou seja, a pessoa que exerce a empresa nos limites e na forma do art. 966 do Código Civil Brasileiro. Portanto, ao determinar que aceitaria somente os atestados fornecidos por empresas públicas e privadas a Prefeitura Municipal de Itaúna limitou de forma ilegal as pessoas que podem emitir tais atestados, em claro descompasso com Lei.

A norma de regência aduz que:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(omissis)

*§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, **será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: [Grifei]*

Como se verifica do artigo acima transcrito a Lei possibilita que sejam apresentados atestados de pessoas jurídicas públicas e privadas, sem designar o tipo/qualidade/ou natureza jurídica desta pessoa. Portanto, é possível apresentar atestados fornecidos por empresas e por entes da administração.



Neste sentido é o entendimento do Douto Conselheiro do TCE-MG, Gilberto Diniz, nos autos da **Denúncia nº 1015672.**

*DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SELEÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS. **EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EMITIDA POR PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.** VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA COMPETIVIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO PERIGO DA DEMORA E DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. 1. Os princípios da legalidade e da isonomia, insculpidos no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, constituem alicerces do procedimento licitatório, haja vista que este tem por escopo não só possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa, como também resguardar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar com a Administração Pública. 2. **A Lei nº 8.666, de 1993, veda, para fins de qualificação técnica, inserida na fase de habilitação, a fixação de exigências de comprovação de atividade ou de aptidão não previstas no texto legal, as quais potencialmente propiciam a exclusão de proponentes no certame, diante da fixação de requisitos de caráter restritivo.** [Grifei]*

Portanto, os critérios que o Administrador Público deve seguir, como escravo da Lei, são aqueles traçados na lei de regência da matéria. Portanto, a



previsão de que somente será admitidos atestados fornecidos por empresas ofende o princípio da isonomia e da legalidade. Por conta disso requer seja determinada a correção.

III- DO PEDIDO

Pelo exposto, requer inicialmente a Concessão da **MEDIDA LIMINAR** pretendida, na forma que prelecionar a Lei Orgânica e Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas, para que o presente certame (**Pregão Presencial nº 026/2020**) seja suspenso à vista das impropriedades que o instrumento convocatório apresenta e que poderá comprometer a higidez de todo o procedimento licitatório, bem como causar graves danos ao erário.

No mérito, requer sejam determinadas as pertinentes correções relatadas no corpo da presente Representação, por restringir o caráter competitivo da licitação (inciso I, §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93), infringindo, assim, o processo licitatório e os princípios constitucionais que os norteia.

Por fim, requer que todas as intimações sejam realizadas exclusivamente em nome dos advogados abaixo indicados no endereço eletrônico juridico@tecnogroup.com.br, sob pena de nulidade.

Nestes Termos
Pede deferimento.

São Paulo, 15 de maio de 2020.

LUIZ HENRIQUE ORNELLAS DE ROSA UESLEI ALMEIDA DOS SANTOS
OAB/SP 277.087 OAB/SP 395.817

