

Exmº Conselheiro Sebastião Helvécio do TCE-MG

Processo (denúncia) nº 1084345

Sec. 1ª Câmara

ALEXEI VASSILI PAÇO ROSA (pregoeiro) e PAULO CEZAR SANTOS NEVES (presidente), já devidamente qualificados nos autos em epigrafe, vem, por seu procurador, *in fine* assinado, à presença de V. Exª oferecer sua

DEFESA

aos termos da Denúncia ofertada, o que o face com face no substrato fático e jurídico abaixo articulado.

A presente licitação encontra-se encerrada, com a sua homologação efetuada.

A modalidade adotada foi a estabelecida na Orientação Técnica aprovada na sessão plenária do dia 10/12/2014 deste E. TCE/MG, onde foi acatada a proposta da lavra do Conselheiro José Alves Viana acerca de questões atinentes ao processo de transferência dos ativos de iluminação pública.

O próprio TCE/MG orientou:

“ORIENTAÇÃO TÉCNICA¹

O Plenário do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, a partir do relatório produzido pelo Grupo de Estudo instituído pela Portaria Presidencial nº 036/PRES/14, acerca de questões atinentes ao processo de transferência dos ativos de iluminação pública, fixa, por meio do presente ato, procedimentos e orientações a serem preferencialmente adotados pelos Municípios e pelos órgãos técnicos desta Casa no que pertine à assunção dos ativos de iluminação pública, consoante determina a Resolução n. 414/2010 da ANEEL.

(...) *omissis*

¹<https://www.tce.mg.gov.br/IMG/Legislacao/legiscont/Cartilhas%20TCEMG/Cartilha%20ilumina%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20%20orienta%C3%A7%C3%A3o%20t%C3%A9cnica%20do%20TCEMG.pdf>

DAS MODALIDADES E SISTEMAS LICITATÓRIOS APLICÁVEIS À CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA, OBSERVANDO-SE O PARCELAMENTO DO OBJETO:

Considerando a necessidade de parcelamento do objeto a ser licitado, de acordo com o que orienta o art. 23, §1º da Lei n. 8.666/93 e de acordo com entendimento assentado por este Tribunal de Contas, **fixam-se as seguintes parcelas/lotes e as respectivas modalidades e sistema licitatório passíveis de adoção:** (gn)

I - Registro de Preços: deverá ser realizada concorrência ou pregão, conforme art. 15 da Lei 8.666/93, para a terceirização do serviço, com a possibilidade de que outros Municípios serem participantes ou caronas, com a ressalva do art. 22, §2º do Decreto Federal nº 7.892/2013; (grifamos)

II - Pregão, nos termos da Lei nº 10.520/2002, para parcela referente à manutenção dos ativos da iluminação pública já existentes;

(...) *omissis*”

Cumprе obviar que a manutenção do ativo de iluminação pública é serviço de baixa complexidade e que, o mecanismo adotado foi o da licitação compartilhada, com possíveis contratações pelos entes consorciados, razão pela qual o SRP se mostra o mais indicado e eficiente, inclusive sendo indicado pela Orientação Técnica retro referenciada:

“Promover a licitação por meio de **Consórcio** e após, proceder às contratações individuais por Município consorciado, nos termos do §1º do art. 112 da Lei 8.666/93: esta licitação implicará a realização da licitação pelo consórcio e, em sequência, os contratos serão firmados individualmente entre cada um dos Municípios consorciados e a empresa vencedora. Não haverá transferência dos Municípios ao Consórcio de recursos relacionados aos custos para manutenção preventiva e corretiva da rede de iluminação pública;”² gn

De igual forma o TCU também já sinalizou a possibilidade do SRP para serviços de engenharia de baixa complexidade, vejamos:

Acórdão nº 1381/2018 – Plenário

ENUNCIADO - É cabível o registro de preços para a contratação de serviços de engenharia em que a demanda pelo objeto é repetida e rotineira, a exemplo dos serviços de manutenção e conservação de instalações prediais, não podendo ser utilizado para a execução de obras.

(...)

Sumário:

² file:///F:/AMPAR/EDITAL%20ILUMINAÇÃO%202019%20OUT/Cartilha%20iluminação%20pública%20-%20orientação%20técnica%20do%20TCEMG.pdf

1. A contratação de serviços comuns de engenharia pode ser realizada mediante pregão para registro de preços quando padrões de desempenho e qualidade são objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, e a contratação tenha por objetivo prover serviços de manutenção predial repetidos e rotineiros.” gn

Portanto, em linhas gerais, a legitimidade quanto ao cabimento do registro de preços é possível face os **serviços** de engenharia para manutenção de IP, pois, estes são de baixa complexidade, padronizáveis, passíveis de ser objetivamente definidos no edital segundo especificações usuais de mercado e, ainda, de que não é possível definir, desde logo, quais os municípios consorciados que irão formalizar os contratos individuais, sendo, portanto, o registro de preços, a solução mais eficiente e amplamente utilizada em todo o país.

Há de se observar ainda que o parecer da UNIDADE TCEMG: 1ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, indicou expressamente “o arquivamento da denúncia por não ter sido apurada transgressão a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (inciso I do art. 275 do Regimento Interno do TCEMG)”

Em relação aos apontamentos do *Parquet*, a vedação de empresas em “concordata, ou recuperação judicial” está, s.m.j, dentro da discricionariedade do gestor, na exata medida que está emprega o princípio da prudência ao buscar empresas saudáveis economicamente para o relacionamento com o poder público, evitando assim os reconhecidos transtornos em prejuízos decorrentes da insolvência ou falência das empresas, o que, como é de conhecimento acarretam, não raro das vezes, inúmeros prejuízos financeiros e operacionais aos entes públicos contratantes, sem olvidar da real possibilidade de descontinuidade dos serviços contratados, em especial aqueles essenciais à coletividade, com no caso em tela, a iluminação pública.

Logo, patente o princípio do interesse público, na medida em que a escolha de uma empresa que, em tese, não teria capacidade para satisfazer os encargos decorrentes do contrato possibilitaria a entrega de bens e serviços fora do prazo ou de forma incompleta e a realização de pagamentos indevidos. De qualquer forma, não haveria certidão negativas de falência, ou recuperação judicial.

Ademais, tal tema ainda é passível de divergência doutrinária e jurisprudencial, v.g:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PRETENSÃO DAS RECUPERANDAS DE DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS FISCAIS PARA CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO INDEFERIDA NO JUÍZO SINGULAR - Minuta recursal que insiste na dispensa das certidões negativas para possibilitar a participação em qualquer licitação - Afronta ao princípio da legalidade - Inteligência do art. 52, II, da LREF e arts. 29, III e 31, II, da Lei de Licitações - Prevalência do interesse público sobre suposto interesse de preservação da empresa - Decisão mantida - Agravo improvido. Dispositivo: Negan provimento. (Agravo de Instrumento nº 2213220-28.2015.8.26.0000, Relator(a): Ricardo Negrão; Comarca: Jundiá; Órgão julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 13/06/2016; Data de registro: 15/06/2016)

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRETENSÃO À DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS PARA A PARTICIPAÇÃO DAS AGRAVANTES EM LICITAÇÕES. Inviabilidade. Certidões exigidas com base em disposições expressas de lei e, no caso da Seguridade Social, também da Constituição Federal. Exigência que visa a atender ao interesse público. Lei nº 11101/05 que, ao autorizar a dispensa da apresentação de certidões negativas para o exercício das atividades pelo devedor, dela ressalvou expressamente a contratação com o Poder Público (art. 52, II). Precedentes de ambas as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial. Decisão acertada. Recurso improvido. (Agravado de Instrumento nº 2159464-07.2015.8.26.0000, Relator(a): Maia da Cunha; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Data do julgamento: 18/09/2015; Data de registro: 19/09/2015)

E ainda do TJMG:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - TUTELA DE URGÊNCIA - DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA PARA CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO - DESRESPEITO AOS DITAMES DAS LEIS 11.101/2005 E 8.666/93 - REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. - Nos termos do art. 300 do CPC/2015, a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Ademais, é necessário que a medida seja reversível.- De acordo com o art. 52, II, da Lei nº 11.101/2005, o juiz, ao deferir o processamento da recuperação judicial, "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". - A Lei de Licitações, nº 8.666/93, em seu art. 31, II, inclui a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata entre os documentos comprobatórios da qualificação econômico-financeira da empresa. - Admitir que a Agravante participasse de licitações ou recebesse valores sem que tivesse de apresentar certidão negativa de falência ou concordata/recuperação judicial contraria disposições expressas da Lei e ofende os princípios da isonomia e do interesse público. - Ausentes os requisitos legais, deve ser reformada a decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência formulado na inicial para determinar a dispensa da apresentação de certidões negativas por parte da recuperanda Mendes Júnior Trading e Engenharia S/A, ora Agravante, para fins e contratação com o Poder Público. V.V. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA, CONCORDATA OU RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.- A recuperação judicial é regida pelo princípio da preservação da empresa, que visa a recuperação da atividade empresarial em crise econômica, financeira ou patrimonial, e possibilitar a continuidade do negócio. - Não é razoável que a recuperanda tenha que recusar a realização de um negócio com

o Poder Público em razão da ausência de certidão negativa, pois a continuidade da atividade empresária depende da renda a ser obtida por serviços prestados. - A tutela de urgência perseguida não traz prejuízo à agravante. - Em verdade, a medida beneficia inclusive os credores, devendo a decisão agravada ser mantida. - Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.16.057905-8/002, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/09/2016, publicação da súmula em 30/09/2016)

No tange a necessidade de registro no CREA/MG, evidente que tal condição está relacionada ao tipo de serviço, cuja fiscalização é de suma importância para a correta execução do serviço, especialmente por ser tratar de serviços em sistemas de energia elétrica, cuja responsabilidade é objetiva do ente.

O próprio art. 3º, §1, I, fixa que “ I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; gn.

No caso em testilha, a discricionariedade do gestor, com base na lei, entendeu ser pertinente a exigência em função das especificidades do objeto do contrato.

Outrossim, e exigência de cadastro nas concessionárias está diretamente relacionada com o objeto do certame, já que haverá acesso aos ativos dessas, assim como é uma garantia mínima de que as empresas participantes detêm a competência técnica para a execução dos serviços.

Não é crível que possamos tratar o serviço de manutenção de iluminação pública, que por óbvio ira demandar o contato direto e contínuo com a rede de distribuição, acesso aos poste, interrupção da energização para troca de luminárias etc, por empresa desconhecida e não cadastrada na concessionaria, além de uma temeridade, coloca-se em risco a vida das pessoas e dos trabalhadores.

Lado outro nenhuma restrição de competitividade há, já que inúmeras de empresas são cadastradas junto às concessionárias para tal mister.

Resta por fim observar que o edital em tela não tem como objeto a realização de obra de expansão da rede elétrica.

Posto isto, e em consonância com a UNIDADE TCEMG: 1ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA, requer a improcedência da denúncia.

Juiz de Fora, 18 de agosto de 2020.

André Luiz Decnop da Fonseca

OAB/MG 65988