

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO RELATOR DA 1ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Autos : 1092674
Ofício : 126/2020;
Ofício referência : 13565/2020 – SEC/1º Câmara;

Patrícia Cristina Ferreira Sá, brasileira, solteira, bacharel em Direito, estando Pregoeira de Coronel Fabriciano/MG, filha de Sebastião Cristino de Sá e de Margarete da Silva Ferreira Sá, portadora do CPF nº 08843334697 e do RG nº 9221519 SS/MG, residente e domiciliado na Rua Alexandrita, nº 104, Bairro Hematita, Antônio dias/MG, CEP.: 35.170-000 vem, respeitosamente à presença de V. EXA., em tempo e modo, prestar as seguintes informações:

Apraz-me cumprimentá-la por meio deste, reporto-me ao ofício em referência, no sentido de esclarecer a respeito da representação encaminhada: "(...) prestem esclarecimentos acerca dos fatos e das irregularidades apontadas na peça inicial e encaminhem cópia integral das fases preparatória e externa do pregão presencial nº 29/2020".

Há que se afastar, primeiramente, qualquer ato que caracterize inépcia e/ou negligência do Poder Público Municipal em relação aos regramentos jurídicos afetos às fases de preparação do pregão, bem como ausência de zelo com o processo licitatório, particularmente, no caso em tela, qual seja: *"Cessão de direito de uso de software, 100% acessível via web, incluindo treinamento e suporte*

Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

Rua Duque de Caxias, nº 07, Bairro Centro, Coronel Fabriciano/MG, CEP.: 35170-009

Tel.: (31) 3846-7022 - www.fabriciano.mg.gov.br

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

técnico, para realização da gestão, monitoramento e auditoria da apuração do valor adicionado municipal – VAF, por um período de 12 meses, conforme especificações técnicas descritas neste termo, tendo como fonte de receita: Recursos Ordinários, conforme termo de referência, ANEXO I deste edital”.

DAS ALEGAÇÕES DA PEÇA INICIAL

I- DA SUPOSTA IRREGULAR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO TÉCNICA E JURÍDICA PARA VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE CONSORCIOS NO CERTAME.

De proêmio, não constam quais quer irregularidade na vedação, pois trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas.

Sobre o tema, assim se posiciona a Jurisprudência do Tribunal de Contas da União, *In verbis*;

“A aceitação de empresas em consórcio na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, requerendo-se, porém, que sua vedação seja sempre justificada.” (Acórdão n. 1.678/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)”

“Observo que não obstante a decisão pela formação de consórcios ter sido confiada pela lei ao talante do administrador, este deve sempre decidir de forma fundamentada. No presente caso, reconheço que a dimensão da contratação não reclama a formação de consórcio entre os licitantes, entretanto, a opção de não parcelar o objeto, que, como demonstrado antes, poderia ser segregado em serviços perfeitamente distintos, poderia tê-lo justificado.” (Acórdão n. 1.405/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça).

“A aceitação de consórcios na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei n. 8.666/1993, requerendo-se, porém, que a sua opção seja sempre justificada.” (Acórdão n. 566/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vinicius Vilaça).

Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

Rua Duque de Caxias, nº 07, Bairro Centro, Coronel Fabriciano/MG, CEP.: 35170-009

Tel.: (31) 3846-7022 - www.fabriciano.mg.gov.br

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

Como toda a decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos.

II – DA ILEGAL VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL;

Clausula 10.1.3 alínea “a”;

10.1.3. Relativa à Qualificação Econômico-financeira:

a) Certidão Negativa de Falência ou Concordata, expedida pelo distribuidor judicial do foro da pessoa jurídica **ou** Certidão Judicial Cível Negativa, expedido nos últimos 90 dias;

Sabe-se que tem-se pacificado o entendimento da possibilidade de participação de licitação empresas em recuperação judicial, o que não impede a administração de exigir a demonstração da qualificação econômica e financeira, vejamos posicionamento do TCU;

“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 8.666/1993” (Acórdão nº 1201/2020 do TCU).

Logo, em tempos de abalo à saúde financeira das empresas — como, por exemplo, o que estamos vivenciando com a pandemia da Covid-19 —, o acórdão do TCU demonstra-se razoável ao ratificar o entendimento quanto à participação das empresas em recuperação judicial, desde que se verifique sua capacidade econômica e financeira, alinhando-se aos entendimentos do STJ.

"Admite-se a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório". (TCU, Acórdão 1201/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo).

Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

Rua Duque de Caxias, nº 07, Bairro Centro, Coronel Fabriciano/MG, CEP.: 35170-009

Tel.: (31) 3846-7022 - www.fabriciano.mg.gov.br

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

"Sociedade empresária em recuperação judicial pode participar de licitação, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica". STJ. 1ª Turma. (AREsp 309.867-ES, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 26/06/2018).

Diante o exposto percebemos que a empresa deve demonstrar certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica, na leitura literal da cláusula 10.1.3 alínea "a", não vislumbro irregularidades, pois não existe vedação mas sim maneiras de demonstrar a capacidade econômica, sendo este primordial para satisfação do cumprimento do objeto ora licitado.

Pontuo que conforme consulta do cadastrado nacional da pessoa jurídica, a empresa impugnante se encontra em situação cadastral ATIVA, o que é de estranhar os argumentos apresentados insistentemente.

III – DA AGLUTINAÇÃO DE LICENCIAMENTO E USO DE SOFTWARE E DATACENTER;

Pela leitura literária das cláusulas edilícias, bem como a descrição do objeto não vislumbro irregularidades, pois se o edital faz exigências conforme o serviço a ser prestado, sendo essencial para garantir a plenitude do objeto licitado.

O objeto do edital é descrito de forma clara e precisa, onde se busca realizar a aquisição que atenda os anseios da administração pública, satisfazendo assim o fim ao qual será destinado.

Dado isto, as exigências contidas no edital não são meras formalidades, mas sim obediência ao instrumento convocatório bem como às legislações vigentes, visto que o instrumento convocatório obedece ao disposto em Lei.

Assim, uma vez publicado o edital e tornadas explícitas as normas que guiarão o certame, ambas as partes – Administração e licitante – devem-lhe fiel execução.

Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

Rua Duque de Caxias, nº 07, Bairro Centro, Coronel Fabriciano/MG, CEP.: 35170-009

Tel.: (31) 3846-7022 - www.fabriciano.mg.gov.br

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

Encontra-se, neste sentido, orientação doutrinária que reforça o que se vem de afirmar. Jorge Ulisses Jacoby, arrimado em decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), escreve:

“A Lei nº 8.666/93 define uma série de critérios que permitem à comissão de licitação avaliar se o licitante possui condições de executar o objeto, sob o aspecto técnico. Para simplificar essas exigências, parece razoável limitá-las à comprovação de que o licitante já executou serviço ou fornecimento similar antes e, se for o caso, registro na entidade profissional competente. O primeiro se faz por meio de atestados que comprovam a capacidade técnica. Ocorrem, porém, alguns tipos de problemas que desautorizam a validade desse instrumento de aferição de capacidade: a) a Lei de Licitações obriga a Administração Pública aceitar atestados emitidos por entidades públicas ou particulares, não sendo raro notícias de emissão de atestados ideologicamente falsos ou mesmo graciosos. Para evitar tais ilicitudes, tem sido comum que os editais estabeleçam a obrigatoriedade de os atestados virem acompanhados dos comprovantes fiscais da execução do objeto. É verdade que essa exigência vai além do estrito texto legal e que, portanto, seria questionável sua validade, mas a rigor é pertinente. Se o licitante prestou serviço a outra empresa privada e não recolheu os tributos pertinentes, não está de acordo com a lei apta a gerenciar e executar serviços com o pagamento de todos os impostos. Pode residir exatamente na sonegação a viabilidade econômica de empreendimento que, quando submetido ao rigor do recolhimento tributário, torne-se inexecutável. É válido, portanto, exigir que os atestados se façam acompanhar de prova fiscal da execução; b) os atestados comprovam a execução do serviço ou fornecimento? É forçoso reconhecer que o interesse do legislador em garantir a isonomia muitas vezes enseja a deformação dos instrumentos, obrigando a Administração Pública a contratar licitante que executou serviços de péssima qualidade, apenas porque, por letargia de alguns servidores, não foram punidos com a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração. É nesse contexto que encontramos relevante precedente na jurisprudência do Tribunal de Contas da União que admitiu a regularidade da exigência de atestado que indicasse o juízo de mérito sobre a execução. O leading case mostra-se importante na condução de processos licitatórios, na medida em que obriga a formação de juízo de mérito dos agentes públicos; como mérito é impenetrável ao exame da legalidade afeto ao Poder Judiciário. Isto significa que, ao exigir o atestado de boa e regular execução de objeto idêntico ou assemelhado, a Administração estará restringindo a participação dos licitantes, validamente, segundo assentou o Tribunal de Contas da União, em prol da aferição técnica de melhor qualidade. É válido, assim, exigir atestado de execução bem sucedida de objeto similar. c) outra questão diz respeito à possibilidade de exigir atestado, demonstrando a execução de uma certa quantidade de objeto. Visa-se sobretudo aferir a chamada capacidade operativa, pois nem sempre quem realiza uma

Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

Rua Duque de Caxias, nº 07, Bairro Centro, Coronel Fabriciano/MG, CEP.: 35170-009

Tel.: (31) 3846-7022 - www.fabriciano.mg.gov.br

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

unidade de um serviço é capaz de realizar o objeto requerido em uma licitação. Assim, uma empresa que já prestou serviço de um vigilante não está apta a executar um serviço com 300 vigilantes. Sobre esse último aspecto, vale a pena transcrever lição do Tribunal de Contas da União, examinando uma representação contra determinado edital de pregão: 8. De fato, na alínea c do item 5.3.1 do edital (fl. 16), constam quantidades mínimas das contratações a serem certificadas nos atestados: 50% do valor estimado para cópias em preto e branco; 30% idem para editoração eletrônica e também 30% para a produção de serviços gráficos. Assim, resta saber se a natureza dos elementos a serem quantificados se inclui na referência do inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei 8.666/93. 9. O art. 30 da Lei 8.666/93 e seu inciso II diz, entre outras coisas, que a exigência para a qualificação técnica deve ser compatível em quantidades. Portanto, é possível se exigir quantidades, desde que compatíveis. Por compatível, se entende ser assemelhada, não precisa ser idêntica. A semelhança depende da natureza técnica da contratação, pois, para certas coisas, quem faz uma, faz duas. Para outras coisas, a capacidade para fazer uma não garante capacidade para fazer duas. Em abstrato, é lógico que a exigência de quantidade não pode superar a estimada na contratação, sendo aí evidente o abuso. 10. No entanto, o órgão exigiu níveis de 30% e 50% que, pelo senso comum, são quantidades compatíveis e até bem abaixo das estimadas para a contratação pretendida. Nesse particular, o autor deveria provar, ou pelo menos argumentar logicamente, pela natureza da contratação, que essa exigência é demasiada, ou seja, quem já fez menos de 30% e 50%, estaria apto a fazer os 100% estimados para a contratação. Isso não é feito e nem mencionado, apenas se insiste que não deveria haver quantidade mínima, pretendendo guarida no inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei de licitações. 11. Ora, a interpretação do autor conduz ao absurdo, pois, porque a Lei prescreveria uma quantidade compatível, no inciso II do art. 30 para, depois, vedar a exigência de toda e qualquer quantidade no inciso I do parágrafo primeiro do mesmo artigo. Só resta admitir que há diferenciação de natureza das coisas que se permite ou não quantificar minimamente. 12. Da leitura atenta dos dispositivos, percebe-se essa diferença de natureza. No inciso II se refere à atividade, isto é, atributos gerais do produto a ser fornecido ou do serviço a ser prestado. Já o § 1º distingue duas naturezas: uma técnico-profissional - inciso I - trata da exigência de existir profissional de nível superior no quadro da licitante, vedando, neste caso, a exigência de quantidade mínima de profissionais ou prazo mínimo de experiência. A outra natureza, seria a técnico-operacional, cujo delineamento seria tratado no inciso II, que foi vetado. 13. Considerando a jurisprudência do TCU, esse entendimento do inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei 8.666/93 foi adotado no parágrafo 18 da proposta de decisão condutora do Acórdão 124/2002 - Plenário: Significa dizer, pois, que a vedação de exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos na comprovação da capacitação técnico-profissional cinge-se aos contornos da experiência do profissional. 14. Do exposto, considerando que o autor não alegou nem comprovou a dessemelhança das quantidades mínimas a serem exigidas nos atestados com as quantidades estimadas para a contratação e que o entendimento por ele desposado, considerada a natureza do elemento quantificado, não encontra guarida no inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei 8.666/93,

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

não é procedente a representação. (Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-012.001/2002-7. Decisão nº 1288/2002 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DOU de 04.10.2002.)

A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal: art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93). (Tribunal de Contas da União. Processo nº 007.358/2002-5. Acórdão nº 32/2003 - 1ª Câmara. Relator: Av. Afonso Pena, 1.901 – Edifício Séculos - Funcionários – Belo Horizonte – MG - CEP 30130-004 ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO Ministro Marcos Bemquerer. DOU de 06.02.2003.)” (grifo nosso)

De fato, sobre o cabimento de exigências de capacitação técnica há inúmeras decisões do TCU, como exemplifica o seguinte trecho: “... 12. Impende frisar que a verificação de qualificação técnica não ofende o princípio da isonomia. Tanto é que o próprio art. 37, inciso XXI, da CF, que estabelece a obrigatoriedade ao Poder Público de licitar quando contrata, autoriza o estabelecimento de requisitos de qualificação técnica e econômica, desde indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. No entanto, o ato convocatório há que estabelecer as regras para a seleção da proposta mais vantajosa para Administração, sem impor cláusulas desnecessárias ou inadequadas que restrinjam o caráter competitivo do certame. ...” (Acórdão nº 877/2006, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar) (grifo nosso)

Feito essas considerações anteriormente tecidas, reputa-se legal as exigências contidas no edital, não havendo fundamento normativo que macule as exigências.

Ao que se refere aos itens **III – Da aglutinação de licenciamento e uso de Software e Datacenter, IV – Ausência de indicação da parcela de maior relevância e V – Das irregularidades técnicas verificadas**, de maneira jurídica e literal não vislumbro óbices.

Pontuo que os autos foram remédio ao corpo técnico do Município para averiguação, onde não foram constatado óbices.

Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

Rua Duque de Caxias, nº 07, Bairro Centro, Coronel Fabriciano/MG, CEP.: 35170-009

Tel.: (31) 3846-7022 - www.fabriciano.mg.gov.br

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

DA APARENTE MA-FÉ DA EMPRESA EICON CONTROLE INTELIGENTE DE NEGÓCIOS LTDA.

Pois bem.

Informamos que a empresa impetrou impugnação por duas vezes, com estipulações idênticas as anteriores que foram acatadas em partes em seu tempo.

Aos novos fatos trazidos na impugnação, estes não foram objeto de questionamento anterior, o que ao meu vê supostamente a empresa tentou busca retardar a abertura do certame.

Ao que pese a participação de empresas em recuperação judicial, que conforme anexo não é o caso da impugnante, insiste em impetrar impugnação com efeito suspensivo alegando que a exigência é descabida, apesar desta procuradoria já ter se manifestado conforme parecer 220/2020 P.G.M.

Já concluímos anteriormente, conforme parecer supracitado, que não se vislumbra irregularidade ou ilegalidade no edital, as lacunas anteriormente apontadas pela impugnante foram sanadas.

Salientamos que essa procuradoria preza pelos princípios norteadores do Direito bem como garante a qualquer interessado a ampla defesa e o contraditório.

É válido mencionar, que é crime impedir ou perturbar a realização de qualquer ato do procedimento licitatório, consoante art.93 da lei 8.666/90, que apenas a título de ilustração e advertência transcreve-se;

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Prefeitura Municipal de Coronel Fabriciano

Rua Duque de Caxias, nº 07, Bairro Centro, Coronel Fabriciano/MG, CEP.: 35170-009

Tel.: (31) 3846-7022 - www.fabriciano.mg.gov.br

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Nesta sede, qualquer excesso no exercício do direito de defesa ou de recurso será objeto de apuração e, restando configurada essa prática, sobretudo de má-fé, serão impostas sanções legais e encaminhados ao Ministério Público para responsabilização criminal.

Visto assim, não se pode negar que os ritos intrínsecos à elaboração do edital, foram seriamente analisados, dentre os quais, destacamos que anteriormente foi acatado impugnação e feito as alterações no edital ao qual consideramos pertinente.

Concluimos, que os quesitos necessários à realização do Pregão foi fielmente cumprido em respeito a legislação de regência.

Ao meu vê conforme exaurido a empresa tenta macular o certame.

Em face do exposto, da por respondido o pedido de esclarecimento formulado nos termos da manifestação acima exposta, bem como os documentos seguem anexos.

Por oportuno este Município permanece a disposição deste Egrégio Tribunal de Contas para prestar os esclarecimentos que, por ventura fizerem necessário.

Coronel Fabriciano/MG, 26 de Outubro de 2020.

Patrícia Cristina Ferreira Sá
Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano/MG