



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



ANÁLISE DE DEFESA

Processo nº: 1092379

Natureza: DENÚNCIA

Relator: CONSELHEIRO CLÁUDIO TERRÃO

Data da Autuação: 14/07/2020

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de denúncia, com pedido de liminar, formulada por Roberta da Silveira Martins, em face de supostas irregularidades observadas no edital do Pregão Presencial nº 038/2020 – Procedimento Licitatório n. 118/2020, deflagrado pelo Município de Curvelo, que tem por objeto o registro de preços para fornecimento de pneus novos, câmaras de ar e protetores para manutenção dos veículos leves e pesados da frota municipal.

A denunciante argumentou, em síntese, a irregularidade na realização de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte.

Os autos foram distribuídos pelo Conselheiro-Presidente à relatoria do Conselheiro José Alves Viana, que declarou sua suspeição para atuar no feito, tendo então sido redistribuídos à relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, no dia 16/07/2020.

Com o recebimento dos autos no dia 17/07/2020 e a confirmação de abertura do certame no dia 13/07/2020, conforme informações obtidas no site oficial da prefeitura, o Conselheiro Relator, peça 13, cód. Arquivo 2160789, SGAP, entendeu por bem encaminhar os autos para o estudo técnico desta Coordenadoria quanto aos tópicos aventados na denúncia e a outros que possuíssem materialidade para os fins de medida cautelar antes de proceder à análise do pedido liminar de suspensão.

Esta Coordenadoria, então, peças 14, 15, 16 e 17, códigos de arquivo 2165368, 2165369, 2165370 e 2165373, SGAP, concluiu pela improcedência da denúncia, identificando, porém, as seguintes irregularidades no edital Pregão Presencial nº 038/2020:

- . exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação;
- . exigência de certidão negativa de recuperação judicial.

Em manifestação preliminar, peça 23, cód. de arquivo 2191646, SGAP, o Ministério Público de Contas não aditou a denúncia e requereu a citação da responsável, em razão das irregularidades apontadas pela Unidade Técnica.

Determinada a citação, peça 24, cód. de arquivo 2213432, SGAP, a responsável apresentou suas razões de defesa, constantes de peças 27, 28 e 29, códigos de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



arquivo 2251549, 2185933 e 2185934, SGAP, respectivamente.

Ato contínuo, os autos foram remetidos a esta Coordenadoria para reexame, peça 31, cód. de arquivo 2276751, SGAP, em cumprimento à determinação de despacho de peça 24, cód. de arquivo 2213432, SGAP.

2. ANÁLISE DE DEFESA

2.1 Apontamento:

Da exigência de certidão negativa de recuperação judicial

2.1.1 Medidas propostas na análise inicial:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

2.1.2 Responsável(is) indicados na análise inicial:

Nome completo: VALQUIRIA MOREIRA DUARTE

CPF: 98160940610

Qualificação: Pregoeira

2.1.3 Nome do(s) Defendente(s):

Valquíria Moreira Duarte, Pregoeira

2.1.4 Razões de defesa apresentadas:

A Defendente alegou que a irregularidade apontada se baseou no disposto no inciso II do art. 31 da Lei nº 8.666/93, que aduz sobre a exigência de “Certidão negativa de falência e concordata” para comprovação de qualificação econômico-financeira, mas que no edital em estudo o termo “concordata” apenas foi substituído pelo termo “recuperação judicial”, “considerando as alterações da Lei de Falência que criou a figura da recuperação judicial, que substituiu o procedimento concordata”.

Apontou que este Tribunal em seus editais exige certidão negativa de falência expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física.

Declarou que, considerando o entendimento técnico do Tribunal de que o termo “recuperação judicial” é irregular e pode limitar a participação de licitantes, a partir dos próximos editais tal solicitação será excluída e passará a constar a exigência de certidão negativa de falência ou execução patrimonial em caso de empresa em recuperação judicial, para garantir que a empresa interessada esteja apta tanto econômica quanto financeiramente.

Outrossim, destacou que a exigência não trará prejuízos aos interessados, pois todos os



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



Tribunais de Justiça expedem a referida certidão com o título “Certidão Negativa de Falência e Concordata Negativa”.

Informou que a exigência não restringiu a competição, uma vez que houve a participação de várias licitantes para todos os itens e, se não houve mais participantes, foi porque não existem no mercado mais empresas beneficiadas pelo art. 48 da LC nº 123/2006 e que não cabe no caso a aplicação de multa na forma sugerida pela Unidade Técnica, uma vez que seus editais já foram revistos neste ponto.

2.1.5 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

- Não houve apresentação de documentos pela Defendente.

2.1.6 Análise das razões de defesa:

O argumento trazido pela defesa de que apenas substituiu o termo “concordata” contido no art. 31, II, pelo termo “recuperação judicial” não é suficiente para afastar a irregularidade apurada por esta Unidade Técnica, uma vez que, se a Lei nº 8.666/93 permitia exigir como comprovação econômico-financeira a certidão negativa de concordata, o mesmo não ocorre com a certidão de recuperação judicial.

Entende-se que se o instituto da concordata deixou de existir, a exigência de certidão negativa de concordata virou letra morta e não se pode passar a exigir outra certidão no lugar daquela, sem que haja previsão legal.

Neste sentido, colaciona-se excerto do julgamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, na Apelação Cível nº 0709945-17.2018.8.07.0018, Acórdão nº 1206491 (<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>):

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA ADMINISTRATIVO. PREGÃO ELETRÔNICO. PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

[...]

2. A exigência editalícia de certidão negativa quanto a existência de recuperação judicial está em desacordo com o ordenamento vigente, razão pela qual deve ser excluída do edital do certame. A capacidade e a solidez empresarial devem ser aferidas por meio de outras exigências escriturais, fiscais e de viabilidade, não podendo o simples fato de a empresa estar em Recuperação Judicial ser considerada situação de insolvência ou de risco de lesão à Administração, mormente quando o plano de Recuperação Judicial já foi aprovado e inexistem elementos indicativos de que a sociedade empresária não esteja cumprindo com o indigitado plano. (sic)

[...]



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



VOTOS

A Senhora Desembargadora LEILA ARLANCH - Relatora

[...]

A segurança foi concedida (ID. 9600481). Verifica-se o dispositivo:

[...]

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, apesar de a Lei de Falência e Recuperações Judiciais (Lei nº 11.101/2005) ter instituído a Recuperação Judicial e extinto a Concordata, como mecanismo judicial de restabelecer a atividade empresarial de sociedades em dificuldades financeiras, não alterou e nem derogou o art. 31 da Lei nº 8.666/1993, razão pela qual, em face do princípio da legalidade, **é vedado proceder interpretação extensiva ou restritiva que limite a atuação do administrado**. Nesse sentido: (G.n.)

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

[...]

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. (G.n.)

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). (G.n.)

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. (G.n.)

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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



Outrossim, colaciona-se excerto da decisão monocrática proferida pelo então Conselheiro-Presidente Cláudio Terrão no processo de Denúncia nº 1031209, do dia 19/01/2018, em razão de férias do Conselheiro Relator Wanderley Ávila:

Com efeito, a empresa [...] questiona a vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial.

[...]

Por ocasião da primeira denúncia, o Órgão Técnico assim se manifestou sobre a questão:

[...]

O conselheiro-relator também demonstrou seu entendimento em relação ao tema em apreço, no processo de Denúncia nº 986.747, no seguinte sentido:

Entendo abusiva a cláusula editalícia que impede a participação no certame público de empresas em recuperação judicial. Não posso deixar de constatar que a restrição imposta é evidentemente controvertida. Existe uma lacuna formal no inciso II do art. 31 da Lei 8.666/932, após a edição da Lei nº 11.101/2005, que tem gerado uma jurisprudência cambiante. **Com efeito, não há mais falar-se, hoje, em concordata, mas em empresa em recuperação judicial, o que é bem diferente do antigo sistema concordatário.** (G.n.)

Esse entendimento se baliza na decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, na Medida Cautelar nº 23.499/RS, que se afastou a exigibilidade de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial em licitação, permitindo a participação no certame de empresa em recuperação.

Na mesma esteira do STJ está o Tribunal de Contas do São Paulo que, em apertada síntese, considera que a empresa que possui um plano de recuperação submetido ao crivo de seus credores, demonstrando viabilidade econômica e capacidade de contratar com a Administração Pública e reerguer seus negócios, tendo tal plano aprovado pelo juiz competente, não pode ser alijada do processo licitatório. Eis os precedentes da Corte Paulistana, nº 3987.989.15-9 e 4033.989.15-3, que sustentam e encabeçaram o posicionamento vanguardista e alinhado aos preceitos constitucionais de preservação da empresa, promoção da economia nacional, livre iniciativa, muitos insertos no art. 170 da Constituição da República.

Acrescento também que este é o posicionamento exarado pela Câmara Permanente de Licitação e Contratos, Departamento de Consultoria, Procuradoria-Geral Federal, por meio do parecer 04/2015/CPL/DEPCONSU/PGF/AGU, conclui que não é a condição de uma recuperação judicial que retiraria da empresa a possibilidade de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



participar de licitação, mas tão somente a não aceitação de seu plano de recuperação pelo juízo competente, o que demonstraria sua inviabilidade econômica. Logo, o órgão federal responsável por orientar a Administração Pública Federal, acorde com a melhor doutrina e os princípios da preservação da empresa e da livre concorrência se manifestou pela possibilidade da participação de empresa em recuperação judicial, desde que aprovado o plano de recuperação pelo Poder Judiciário.

[...]

Portanto, a interpretação do art. 31, II, da Lei 8.666/93 deve ser dada à luz do art. 47 da Lei 11.101/20054, de forma que entendo abusiva a regra editalícia que exige que a empresa apresente certidão negativa de recuperação judicial, que não pode e nem deve ser igualada à situação da antiga concordata. (G.n.)

Posto isso, acolho a denúncia nesse ponto.

Após, o Conselheiro Relator, Wanderley Ávila apresentou a decisão para referendo, a qual foi referendada pela Segunda Câmara no dia 8/2/2018:

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

Quanto à alegação da Defendente de que este Tribunal exige certidão negativa de falência em seus editais, serve para ilustrar que somente o que é permitido em lei pode ser exigido dos licitantes e a certidão de falência é prevista no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93.

Outrossim, a Defendente alegou que não houve restrição da competição devido à exigência, pois houve a participação de várias licitantes para todos os itens, mas não comprovou nos autos com a documentação pertinente.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica reitera o entendimento da análise inicial para manter a irregularidade do apontamento.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



2.1.7 Medidas propostas após análise da defesa:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

2.1.8 Conclusão da análise da defesa:

Pela rejeição das alegações de defesa.

2.2 Apontamento:

Da exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação

2.2.1 Medidas propostas na análise inicial:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

2.2.2 Responsável(is) indicados na análise inicial:

Nome completo: VALQUIRIA MOREIRA DUARTE

CPF: 98160940610

Qualificação: Pregoeira

2.2.3 Nome do(s) Defendente(s):

Valquíria Moreira Duarte, Pregoeira

2.2.4 Razões de defesa apresentadas:

A Defendente alegou que a exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação se dá nos exatos termos do inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93, o qual transcreveu.

Alegou, ainda, que a referida exigência é igual à constante do Processo Licitatório nº 23/207, Pregão Eletrônico nº 23/2017 – Registro de Preços, deflagrado por este Tribunal de Contas.

2.2.5 Documentos apresentados juntamente com a defesa:

- Não houve apresentação de documentos pela Defendente.

2.2.6 Análise das razões de defesa:

As alegações apresentadas pela Defendente não foram suficientes para afastar a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



irregularidade apontada, uma vez que alegou que a cláusula 9.1 do edital foi feita nos mesmos termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, o que não corresponde à realidade, uma vez que o art. 30, II, aduz sobre comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, e não semelhante.

Outrossim, a Defendente alegou que este Tribunal no Processo nº 023/2017, Pregão Presencial nº 023/2017, cláusula 1.15, também exige atestados nos mesmos termos da lei, uma vez que prevê comprovação de execução satisfatória em características, quantidades e prazos com o objeto licitado. A referida cláusula aduz:

1.15 - atestado(s) de capacidade técnica da empresa fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em papel timbrado, comprovando a execução **satisfatória** de serviços de manutenção em veículos, bem como fornecimento de peças, **em características, quantidades e prazos com o objeto licitado**[...]

Ao compulsar o referido processo verifica-se que nele foi interposto recurso objetivando a inabilitação da empresa vencedora devido à recorrente entender que a empresa vencedora não cumpriu a cláusula 1.15, uma vez que não apresentou atestados de capacidade técnica que comprovassem a realização de serviços com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto licitado. No referido recurso, a empresa recorrente alegou (https://www.tce.mg.gov.br/Licita/LicitaCont/2017/pl_553/Recurso_2_553_2017.pdf):

Após a análise dos requisitos para o oferecimento da proposta na presente licitação, é possível afirmar que a empresa TOP LUBE COMERCIO E SERVIÇOS LTDA - ME não apresentou atestados de capacidade técnica comprovando a realização de serviços com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação.

[...]

Dito tudo isso, faz-se necessário a desclassificação da empresa TOP LUBE COMERCIO E SERVIÇOS LTDA - ME para o LOTE 2 do Pregão Eletrônico 23/2017 em virtude da sua qualificação técnica comprovada em serviços de manutenção automotiva com características, prazos e quantidades **similares** aqueles solicitados no edital do certame em disputa.

O então Conselheiro-Presidente, Cláudio Couto Terrão, negou provimento ao recurso e citou a conclusão da pregoeira no processo:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



(https://www.tce.mg.gov.br/Licita/LicitaCont/2017/pl_553/Recurso_3_553_2017.pdf)

Nesse sentido, destaco a conclusão da pregoeira, que ora encampo, de que "os atestados de capacidade técnica supracitados são suficientes para demonstrar que a empresa recorrida possui experiência técnica prévia comprovada para a prestação dos serviços licitados" (fl. 291).

Tem-se, portanto que a exigência de comprovação de capacitação técnica deve ir ao encontro do estipulado no art. 37, XXI, da Constituição Federal que aduz que "as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública", "o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", o que foi feito por este Tribunal.

Dessarte, os argumentos apresentados pela Defendente são insuficientes para alterar o posicionamento exarado em análise inicial à peça 14, cód. de arquivo 2165368.

Esta Unidade Técnica reitera, portanto, entendimento de que é irregular exigir que os licitantes apresentem atestados com características semelhantes ao do objeto licitado, sem delimitar os quantitativos dos produtos fornecidos anteriormente, pois se subentende que se está a exigir do participante a comprovação de um anterior fornecimento em quantidade próxima a 100% do objeto licitado.

2.2.7 Medidas propostas após análise da defesa:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

2.2.8 Conclusão da análise da defesa:

Pela rejeição das alegações de defesa.

3. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

- Pelo não acolhimento das razões de defesa apresentadas pelo(s) defendente(s) quanto ao(s) seguinte(s) apontamento(s):

Da exigência de certidão negativa de recuperação judicial

Da exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD. DE FISC. DE EDITAIS DE
LICITAÇÃO



Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- Aplicação das sanções previstas no art. 83 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.

Belo Horizonte, 17 de novembro de 2020

Maria Cristina Cardoso
Oficial de Controle Externo
TC-1731-8

Érica Apgaua de Britto
Analista de Controle Externo
TC – 2938-3