Processo nº:	1.092.379
Natureza:	Denúncia
Relator:	Conselheiro Cláudio Terrão
Denunciante:	Roberta da Silveira Martins
Denunciado:	Município de Curvelo – Poder Executivo
Responsável:	Valquíria Moreira Duarte, Pregoeira Municipal
Edital:	Processo Licitatório nº 118/2020 – Pregão Eletrônico nº 038/2020

P A R E C E R

Excelentíssimo Senhor Conselheiro-Relator,

I. RELATÓRIO FÁTICO

1. Versam os presentes autos sobre **Denúncia** ingressa nessa Egrégia Corte em 08/07/2020, protocolada sob o nº 6284511/2020, ofertada por Roberta da Silveira Martins (peça nº 02 do SGAP), em face de possíveis irregularidades no **Processo Licitatório nº 118/2020 – Pregão Eletrônico nº 038/2020**, deflagrado pelo Poder Executivo de Curvelo, tendo como objeto o registro de Preços para fornecimento de pneus novos, câmaras de ar e protetores, para manutenção dos veículos leves e pesados pertencentes à frota mecanizada da municipalidade.

2. A Denúncia foi recebida pelo Conselheiro-Presidente em **10/07/2020**, com determinação para a sua autuação e distribuição (peça nº 09 do SGAP).

3. A Unidade Técnica, em relatório constante da peça nº 14 do SGAP, detectou duas irregularidades, a saber: (1) a exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação, e (2) a exigência de certidão negativa de recuperação judicial.

4. Este representante do *Parquet*, em manifestação constante da peça nº 23 do SGAP, pugnou pela citação da Sra. Valquíria Moreira Duarte, Pregoeira responsável pelo Certame, o que foi acatado pelo Relator (peça nº 24 do SGAP).

5. Regularmente citada, a Pregoeira apresentou a defesa constante das peças nº 28 e 29 do SGAP, argumentando pela inexistência de irregularidades na Licitação.

6. A Unidade Técnica elaborou relatório de reexame (peça nº 32 do SGAP), concluindo pela rejeição das alegações de defesa.

7. Após, vieram os autos para parecer ministerial.

8. É o relatório.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2295182

II. FUNDAMENTAÇÃO

9. Busca-se o exame de legalidade do **Processo Licitatório nº 118/2020 – Pregão Eletrônico nº 038/2020**, deflagrado pelo Município de Curvelo – Poder Executivo, ora submetido ao crivo do Ministério Público de Contas por força de Denúncia formulada perante essa Egrégia Corte.

10. No presente caso, verificam-se as ocorrências a seguir descritas.

II.1. Da exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da Licitação

11. O subitem 9.1, alínea "m", do Edital (fl. 06 – peça nº 03 do SGAP) prescreve, para fins de habilitação dos licitantes, a apresentação de atestado técnico com características, quantidades e prazos **semelhantes** ao objeto da licitação.

12. Note-se o teor do referido item do Edital, *in verbis*:

> 9 – HABILITAÇÃO
>
> 9.1 – A habilitação do licitante vencedor será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos:
>
> […]
>
> m) Comprovação de aptidão, em que conste expressamente características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto desta licitação, fornecida através de atestado expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, em que comprove que a empresa está apta a fornecer os produtos licitados; [...]

13. Sobre a matéria, o art. 30 da Lei federal nº 8.666/93 é expresso ao trazer o que deverá constar da comprovação de aptidão técnica, *in litteris*:

> **Art. 30.** A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> [...]
>
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos como objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

14. Constata-se, no entanto, que ao dispor sobre o dever de apresentação de atestado pelos licitantes com "quantidades e prazos semelhantes ao objeto desta licitação", o instrumento convocatório possibilita um julgamento subjetivo quanto aos documentos apresentados.

15. Tal como expôs o Órgão Técnico, em que pese o objeto da Licitação estar pormenorizadamente descrito no Instrumento Convocatório; ao não ser fixado o

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2295182

quantitativo mínimo para comprovação de experiência anterior, abre-se margem para que a Administração aceite somente aquelas empresas cujo atestado demonstre execução anterior de 100% (cem por cento) do objeto licitado.

16. Nesse ponto, as alegações apresentadas pela Defendente não foram suficientes para afastar a irregularidade apontada, uma vez que o art. 30, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, aduz sobre **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, e não semelhante.**

17. Ademais, acerca da alegação de que a prática da municipalidade teria sido escorada em atividade desse Tribunal, a Unidade Técnica assim colaciona, *in verbis*:

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

18. Assim, diante da insuficiência da argumentação trazida pela Defendente, entende este representante do *Parquet* de Contas pela irregularidade da exigência de que os licitantes apresentem atestados com características semelhantes ao do objeto licitado, sem que se delimite, todavia, os quantitativos dos produtos fornecidos anteriormente, *ex vi* do art. 30, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93.

II.2. <u>Da exigência de certidão negativa de recuperação judicial</u>

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2295182

19. Prosseguindo, o Edital em comento prevê que a habilitação do licitante só irá ser verificada caso haja apresentação de certidão negativa de falência ou de recuperação judicial.

20. Note-se o item 9.1, alínea "o", do Instrumento Convocatório (fl.06 – peça nº 03 do SGAP), *in verbis*:

> 9 – HABILITAÇÃO
>
> 9.1 – A habilitação do licitante vencedor será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos:
>
> […]
>
> o) Certidão negativa de falência ou de recuperação judicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, expedida dentro do prazo de 90 (noventa) dias anteriores à data de realização do Pregão.

21. Como salienta a Unidade Técnica, a questão da recuperação judicial (estabelecida pela Lei federal nº 11.101/05) gerou polêmica nas licitações. Afinal, a Lei federal nº 8.666/93 foi editada com base em legislação mais rigorosa nesse aspecto, e estabeleceu como condição de habilitação a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata pelos interessados em participar de licitações (art. 31, inciso II).

22. Fato é que a concordata deixou de existir, e foi inserida no ordenamento a recuperação judicial. Contudo, a Lei Geral de Licitações não acompanhou esta evolução, restando ausente, portanto, a previsão específica para a recuperação judicial.

23. É o que se infere do texto legal, *in verbis*:

> **Lei federal nº 8.666/93**
>
> **Art. 31.** A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
>
> [...]
>
> II – certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; [...]

24. Por respeito ao princípio da legalidade, conquanto a certidão negativa de concordata tenha virado letra morta, é vedada a exigência de outra certidão no lugar daquela sem que haja previsão legal.

25. Contudo, há que se relativizar a atuação da municipalidade. É evidente que o objetivo do item 9.1, alínea "m", do Edital em comento, é proteger a municipalidade de eventuais consequências da má condição econômico-financeira de uma de suas empresas contratadas.

26. De todo modo, há outras vias de se conseguir tal resguardo sem atentar contra a Lei federal nº 8.666/93, e ainda prestar deferência à Lei nº 11.101/05, propiciando a possibilidade de as empresas se reerguerem.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2295182

27. Notem-se os dizeres da Unidade Técnica em sua manifestação inicial (peça nº 14 do SGAP), *in verbis*:

> O Superior Tribunal de Justiça – STJ (Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 23.499/RS, sessão: 18.12.2014), em julgamento dessa matéria, entendeu que a empresa em recuperação judicial estaria, legalmente, em condições de participar de licitações, ou seja, "nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase."
>
> Já o TCU (Acórdão nº 8.271/2011-2ª Câmara) cientificou o órgão jurisdicionado que "em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93."

28. De mais a mais, merecem nota o excerto de decisão prolatada nos autos da Denúncia nº 986.747 e a ementa da Denúncia nº 1.031.209, ambas dessa Corte de Contas, as quais reforçam o possível juízo de adequação, *in verbis*:

> [...]
>
> 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 8.666/93, 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.
>
> 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.
>
> [...]
>
> Portanto, a interpretação do art. 31, II, da Lei 8.666/93 deve ser dada à luz do art. 47 da Lei 11.101/2005, 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.
>
> (TCEMG. Denúncia nº 986.747)
>
> ****
>
> 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

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2295182

> 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.
>
> (TCEMG. Denúncia nº 1.031.209)

29. A Unidade Técnica, em sua manifestação final, também observa que a exigência de certidão negativa de falência nos editais deflagrados por essa Corte encontra amparo legal, o que não ocorre com a certidão de recuperação judicial (peça nº 32 do SGAP), como se pode conferir, *in verbis*:

> 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.

30. Além disso, como foi bem destacado no relatório técnico (peça nº 32 do SGAP), não há documentação pertinente nos autos para afastar a constatação de restrição à competitividade na referida exigência de certidão negativa quanto à existência de recuperação judicial.

31. Veja-se:

> [...]
>
> 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.

32. Assim, diante da insuficiência da argumentação trazida pela Defendente, entende este *Parquet* de Contas pela irregularidade na exigência de certidão negativa de recuperação judicial, *ex vi* do art. 3º, § 1º, inciso I, c/com art. 31, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93.

III. CONCLUSÃO

33. *Ex positis,* **OPINA** o representante deste Ministério Público Especial nos autos da presente Denúncia:

a) seja **JULGADO IRREGULAR** o **Processo Licitatório nº 118/2020 – Pregão Eletrônico nº 038/2020**, deflagrado pelo Município de

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2295182

Curvelo, em relação aos atos perpetrados pela **Sra. Valquíria Moreira Duarte**, Pregoeira Municipal, pela exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da Licitação, com violação ao art. 30, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93; e pela exigência de certidão negativa de recuperação judicial, com violação ao art. 3º, § 1º, inciso I, c/com art. 31, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93;

b) por consequência, **APLICADA A SANÇÃO PECUNIÁRIA** à **Sra. Valquíria Moreira Duarte**, Pregoeira, no valor de **R$ 2.000,00 (dois mil reais)**, como incursa no art. 85, inciso II, da Lei Complementar estadual nº 102/2008 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais), pela grave infração às normas legais licitatórias.

34. Por derradeiro, após o trânsito em julgado, devidamente intimada a jurisdicionada e decorrido o prazo legal sem pagamento espontâneo da multa cominada, que seja passada certidão de débito e inscrita no cadastro de inadimplentes desse Tribunal, com remessa *incontinenti* ao Ministério Público de Contas para as providências de praxe, nos termos do art. 364, *caput*, c/com Parágrafo único do mesmo édito, ambos da Resolução TCE nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais)

35. É o **PARECER.**

Belo Horizonte, 26 de novembro de 2020.

Marcílio Barenco Corrêa de Mello
Procurador do Ministério Público de Contas
(Documento assinado digitalmente)

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2295182