

PROCESSO Nº: 1047863 (PILOTO) – 1047939 (APENSO)

NATUREZA: DENÚNCIA

JURISDICIONADO: MUNICÍPIO DE JOÃO MONLEVADE

DENUNCIANTES: GREEN AMBIENTAL EIRELI (nos autos do Proc. n.º 1047863 – PILOTO) e CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA (nos autos do Proc. n.º 1047939 - APENSO)

DENUNCIADO: CONSÓRCIO PÚBLICO DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (CPGRS) formado pelos Municípios de Alvinópolis, Bela Vista de Minas, João Monlevade, Nova Era, Rio Piracicaba, São Domingos do Prata, Passabem e Santa Maria de Itabira

RESPONSÁVEIS: Sr. WILBER JOSÉ DE SOUZA, Presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, Sra. ELAINE CRISTINA BARROS, Presidente da Comissão de Licitação do CPGRS, Sra. FABIANA ÁVILA MODESTO, Secretária Executiva do CPGRS e Sr. CRISTIANO PRATES LEITE DOS REIS, Assessor Jurídico

ANO REFERÊNCIA: 2018

I – INTRODUÇÃO

Cuida-se de **DENÚNCIA** formulada pelas sociedades empresariais **GREEN AMBIENTAL EIRELI** (nos autos do Proc. n.º 1047863 – PILOTO) e **CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA** (nos

autos do Proc. n.º 1047939 - APENSO) em desfavor do **CONSÓRCIO PÚBLICO DE GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS (CPGRS)** formado pelos Municípios de Alvinópolis, Bela Vista de Minas, João Monlevade, Nova Era, Rio Piracicaba, São Domingos do Prata, Passabem e Santa Maria de Itabira narrando fatos relacionados a supostas irregularidades pertinentes à Concorrência Pública n.º 01/2018 [Processo Licitatório n.º 03/2018], instaurada pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos [CPGRS] com vistas à contratação de empresa para execução de serviços de gerenciamento do destino final dos resíduos sólidos domiciliares e comerciais dos mencionados Municípios por meio da operação, da conservação, da manutenção e da realização de outros serviços (monitoramento, jardinagem etc) no aterro sanitário localizado no Município de João Monlevade.

Cumpre salientar que por ser a matéria contida no **Processo n.º 1047939** (apensado) conexa àquela presente no **Processo n.º 1047863** (piloto) determinou o Sr. Cons. Relator, o devido apensamento (art. 156 da Resolução n. 12/2008), conforme trecho reproduzido abaixo:

"Considerando que os presentes autos tratam de matéria conexa à do Processo n. 1047863 e que ambos os processos são de competência deste Relator, determino o devido apensamento, em cumprimento ao disposto no art. 156 da Resolução n. 12/2008." (Peça 2 do processo n. 1047939)

Em razão dessa situação fática, determinou o Sr. Cons. Relator, a intimação do Sr. Wilber José de Souza, Presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos, da Sra. Elaine Cristina Barros Caldeira, Presidente da Comissão de Licitação do CPGRS, e da Sra. Fabiana Ávila Modesto, Secretária Executiva do CPGRS, nos termos do art. 166, § 1º, VI e VII, da Resolução n. 12/2008, para prestarem esclarecimentos sobre os indícios de irregularidades constantes na denúncia (peça 13, p. 106 – piloto; peça 6, p. 172 – apenso).

Os mencionados defendentes articularam a manifestação preliminar, às p. 177/198 da peça 6 do processo n.º 1047939 (apenso) e, ainda, a manifestação defensiva constante à peça 13 (p. 111/252) e peça 14 (p. 2/214) do processo n.º 1047863 (piloto).

Após a juntada de nova documentação para complementação das denúncias (apenso - p. 4/193 da peça 7, peças 8/12 e p. 1/43 da peça 13; piloto - p. 222/316 da peça 14), os autos foram encaminhados à CFEL para análise técnica inicial.

No relatório técnico lavrado na CFEL, foram consignadas as conclusões acerca das matérias de competência daquela Coordenadoria (peça 15, p. 18/32).

No que concerne ao processo n.º 1047939 (apenso) -

DENÚNCIA apresentada pela **CONSTRUTORA PONTES DE MINAS LTDA.**

aquela Coordenadoria técnica examinou as seguintes matérias:

a) DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (cláusula n.º 4.4.1 do Edital, p. 35 da peça 6 do apenso):

Analizando a cláusula, a mencionada Coordenadoria Técnica opinou o seguinte:

“... esta Unidade Técnica entende que a exigência prevista no art. 4.4.1 do edital não impede a participação no certame de empresa em recuperação judicial, mas exige que seja apresentada na habilitação esta condição, sob pena de inabilitação. Portanto **improcedente a denúncia** quanto a este item.”

b) DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO (cláusula n.º 4.2.2 do Edital, p. 33 da peça 6 do apenso):

Examinando a razoabilidade da inserção da citada cláusula no instrumento convocatório, o relatório técnico apresentou conclusão segundo a qual:

“(…), o edital da Concorrência Pública n. 01/2018, ao especificar em seu subitem 4.2.2, fl. 32, que a comprovação da regularidade fiscal da licitante seria feita mediante exigência de apresentação da “**Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União**”, extrapola o disposto no art. 29, inciso III, da Lei n. 8666/93. Portanto, **irregular o procedimento** por falta de amparo legal.”

c) DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DE ENCARGOS PARA PAGAMENTO DE FATURAS (cláusula n.º 19.1.3 do Edital, p. 47 da peça 6 do apenso):

Acerca do item acima, a coordenadoria especializada emitiu a seguinte conclusão:

*“Considerando que a retenção de pagamento não consta na relação das sanções administrativas passíveis de serem aplicadas nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, conforme art. 87 da Lei n.º 8.666/93, esta Unidade Técnica entende pela **ilegalidade da exigência prevista no subitem 19.1.3 do edital**, fl. 46, em razão de que a exigência de comprovação de pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução contratual, como condição para o pagamento pelos serviços prestados, fere o princípio da legalidade e também o disposto no art. 87 da Lei n.º 8.666/93. Logo, **procedente** a denúncia.”*

Outras questões suscitadas pelos denunciantes, por se vincularem a questões técnicas da área de Engenharia, foram examinadas em relatório específico lavrado na Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE (peça 15, p. 35/54 do processo piloto).

No que concerne ao processo n.º 1047863 (piloto) relativamente à DENÚNCIA apresentada pela empresa **GREEN AMBIENTAL EIRELI**, o relatório técnico da CFEL sustentou que o item “vícios e ilegalidades contidas no Projeto Executivo e no Memorial Descritivo que inviabilizaram a proposta de preços”, envolvia aspectos técnicos de Engenharia, razão pela qual entendeu que seu exame, em razão de sua especificidade material, estaria afeta à Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE.

Assim, após apreciar as matérias de sua competência, opinou a CFEL pela **PROCEDÊNCIA** da Denúncia quanto à ocorrência das seguintes irregularidades:

1) Exigência de certidão de quitação da Dívida Ativa da União (DAU);

2) Exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas.

Em seguida, foram os autos encaminhados ao Ministério Público de Contas para sua manifestação preliminar.

O parecer ministerial lembrou que, em se tratando de manifestação preliminar, caberia ao Ministério Público de Contas somente realizar análise quanto à necessidade de aditamento das observações do Setor Técnico, para, depois de oportunizado o contraditório, emitir parecer conclusivo (art. 61, §3º, do Regimento Interno do Tribunal de Contas).

Nessa perspectiva, o item 4.4 do edital de Concorrência Pública n.º 001/2018, dispondo sobre a comprovação da qualificação econômico-financeira, previu, em seu Item 4.4.1, a exigência de Certidão Negativa de Falência, Recuperação Judicial ou Extrajudicial.

Esta exigência foi apreciada no relatório técnico da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, que opinou pela improcedência da Denúncia quanto a esse item.

Entretanto, conforme salientado no parecer ministerial, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais entende que a empresa em recuperação judicial não pode ser liminarmente proibida de participar do certame, devendo a comissão de licitação, em cada caso, realizar diligências para avaliar a real situação econômica da licitante.

Em razão desta nova configuração, sustentou o Ministério Público de Contas entendimento diverso daquele manifestado no relatório da CFEL.

Dessa maneira, manifestando-se acerca da questão, o representante ministerial, assinalou o seguinte:

“Nestes termos, a não apresentação da certidão negativa de recuperação judicial não pode resultar na inabilitação imediata da licitante, mas deve ser sucedida de avaliação dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira, que, no caso de empresas naquela situação, deve abarcar a verificação de que o Plano de Recuperação se encontra vigente e atende às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Pelas razões expostas, este Ministério Público de Contas, diversamente do entendimento do Setor Técnico, conclui ser irregular a exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial, conforme estabelecido no Item 4.4.1, da Concorrência Pública n. 001/2018, de modo que deve ser oportunizado o contraditório.

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas conclui que devem ser citados o Sr. Wilber José de Souza, Presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, a Sra. Elaine Cristina Barros Caldeira, Presidente da Comissão de Licitação do CPGRS, e a Sra. Fabiana Ávila Modesto, Secretária Executiva do CPGRS, a fim de que apresentem defesa sobre as irregularidades apontadas nos autos.

É o parecer. ”

Finalizados os relatórios técnicos das coordenadorias especializadas, os denunciados/responsáveis foram citados para apresentação de defesa acerca das irregularidades apontadas (p. 66 da peça 15 do processo piloto).

Os defendentes se manifestaram nestes autos, apresentando as respectivas defesas individuais, portando todas elas idêntico conteúdo material (peças 25, 27, 29 e 31 do processo piloto).

Nessa perspectiva é importante ressaltar que a presente análise se concentrará nas alegações deduzidas pelo Sr. Wilber José de Souza, Presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos e as conclusões que forem extraídas da respectiva apreciação técnica devem ser estendidas aos demais defendentes, visto que as argumentações defensivas foram idênticas.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à 2ª CFM para análise, tendo em vista que a competência da CFEL para análise de denúncias/representações se restringe ao exame prévio de ato convocatório de licitação, o que exclui os processos com contratos firmados (peça 33 do processo piloto).

II – FUNDAMENTAÇÃO:

II.1) Defesa apresentada pelo Sr. Wilber José de Souza,

Presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos

Esclarecendo preliminarmente os fatos apontados nos relatórios técnicos, o defendente salientou que o processo licitatório nº 3/2018 – Concorrência Pública nº 1/2018 teve por vencedora a empresa **PROHOTEL PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA.**, ressaltando que a licitante vencedora apresentou proposta extremamente vantajosa ao CPGRS, sendo aquela de melhor preço, representando uma economia de 25,22%, haja vista que até a deflagração do processo o custo da tonelada, tomando-se por base o processo licitatório anterior, era de R\$ 87,97.

Passando a abordar especificamente os pontos apontados nos relatórios técnicos, o defendente, discorrendo acerca do ponto n.º 1, exigência de certidão negativa de Dívida Ativa da União (DAU), sustentou que a prova de regularidade de empresa para com a Fazenda Federal, conforme disposto no art. 1º da PORTARIA CONJUNTA RFB /PGFN Nº 1751, DE 02 DE OUTUBRO DE 2014, faz-se por meio de Certidão atinente aos créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União, logo, a exigência contida em edital “4.2.2 Prova de regularidade com a Fazenda Federal, Dívida Ativa da União e INSS (Certidão de Quitação de Tributos e Contribuições Federais e Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, fornecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela

Procuradoria Geral da Fazenda Nacional", nada mais fez que reproduzir a Lei 8666/93, art. 29, inciso III.

Destacou, ainda, que a palavra "quitação" constante do item 4.2.2, reproduzia antiga terminologia utilizada nas certidões em tempos outros emitidos pela RFB.

A redação ali contida, sustentou o defendente, não pode ser entendida como restritiva, a ponto de afirmar que somente seriam aceitas empresas que apresentassem certidões negativas, uma vez que, como se sabe, as certidões positivas com efeitos negativos, ou vice-versa produzem os mesmos efeitos garantidores do direito à participação no certame, portanto, afastada estaria qualquer ilegalidade sobre a terminologia utilizada no edital em comento, tendo em vista que se tratava de mera interpretação, plenamente resolúvel por meio de questionamento prévio, remédio previsto da Lei de Licitações para sanar dúvidas e esclarecer elementos.

Passando a discorrer acerca do item n.º 2, exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas, o defendente sustentou ponto de vista segundo o qual, na primeira etapa da licitação, deveria o interessado comprovar sua regularidade fiscal, estando incluída nesta a referente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), nos termos do art. 29. A exigência dessa comprovação de regularidade, em conjunto com

os demais documentos exigidos, deve cercar-se de todas as cautelas necessárias, com criteriosa análise dos documentos apresentados.

Se a empresa estiver em situação de inadimplência perante o FGTS não poderá celebrar contrato de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com órgão público, não poderá participar de concorrência pública e ficará proibida de conseguir empréstimos financiamentos, dispensa de juros, multa e correção monetária ou qualquer outro benefício junto às instituições oficiais de crédito.

Alicerçando sua argumentação acerca de seu ponto de vista, o defendente salientou:

“ Nas contratações com o ente público deve-se observar o inciso XIII do art. 55 da Lei 8666/93, que estipula como cláusula obrigatória em todo contrato: “XIII – a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”.

Prosseguindo a explanação, argumentou o defendente que durante a execução dos contratos administrativos com pagamento em parcelas mensais, deve-se exigir, em estrita proteção ao ente público, as comprovações dos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas, sob pena de, em não o fazendo, responder solidariamente o ente público.

Impera observar, sublinhou o defendente, que o Supremo Tribunal Federal esclareceu, ao decidir a ADC 16/DF, que pode, sim, ser legítima, a atribuição pela Justiça do Trabalho de responsabilidade subsidiária à administração pública pelos encargos trabalhistas que a empresa contratada deva aos seus empregados e não pague. Mas, para tanto, será necessária prova de conduta no mínimo culposa do poder público contratante.

Fortalecendo sua argumentação acerca da razoabilidade de seus argumentos, o defendente citou excertos de jurisprudência do STF, do TCU, no sentido de não haver caráter confiscatório na exigência, uma vez que a interpretação decorria diretamente do conteúdo material da Lei de Licitações.

Discorrendo sobre o item n.º 3, ausência de justificativas no tocante à exigência de quantitativos mínimos superiores a 50%, salientou o seguinte:

“O Consórcio de Gestão de Resíduos Sólidos, fundado no ano de 2005, contava, ao tempo de sua criação, com a participação de 04 (quatro) municípios, a saber: Bela Vista de Minas, João Monlevade, Nova Era e Rio Piracicaba. No protraído de tempo outros 04 (quatro) Municípios ingressaram no CPGRS, sendo esses: Alvinópolis, São Domingos do Prata, Santa Maria de Itabira e Passabém, sendo que os dois últimos ingressaram nos anos de 2017 e 2018.

Além dos Municípios acima listados empresas privadas também compõem o rol dos entes que descartam material no aterro sanitário tais como Agropecuária Fazenda do Bento Indústria e Comércio, Florestal Bioflor, Projel, Toniolo Busnelço, Fidens Engenharia, Mina do Andrade, Organização de Cereais Monlevade, Arcelor Mittal, Novaera Silicon, sendo de suma importância destacar que as empresas Florestal Bioflor, Projel, Toniolo Busnello, Fidens Engenharia, mantém contrato ativo com

o CPGRS, não estando, no entanto, contempladas na estimativa de toneladas dia lançada em edital, vez que encontram-se, temporariamente, suspendidas suas atividades de descarte de resíduos no aterro.

Por fim, frise-se que em períodos chuvosos o volume de toneladas dia operacionalizado no aterro sanitário cresce exponencialmente.

O quantitativo mínimo de 50 toneladas/dia, exigido em edital, encontra-se justificado na essência do serviço, que de alta complexidade, e de características continuadas, aliada à flutuação da tonelada dia recebido, encontra variação de quantidade suportada em fatores antrópicos, climáticos, de calendário, entre outros, atinentes à produção de resíduos sólidos."

Nessa ótica, não bastassem os fatores intrínsecos, que afastam qualquer excesso da exigência, já que plenamente justificada pelo exponencial crescimento do volume de resíduos sólidos pelos fatores acima declinados, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, fixa entre 50 e 60% do objeto pretendido o quantitativo razoável a ser exigido como prova da execução de serviços similares, conforme entendimento sumulado no verbete n.º 24¹ do TCE do Estado de São Paulo.

Dessa maneira, argumentou o defendente, não existia nada de inconstitucional ou despropositado na exigência de comprovação de capacitação técnico operacional para empresas executantes de obras públicas de grande vulto, de considerável

¹ SÚMULA Nº 24 – TCE/SP - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

complexidade técnica, para as quais a simples capacitação profissional do pessoal técnico era insuficiente.

Finalizando a exposição, o defendente salientou que a exigência no quantitativo mínimo de 50 toneladas/dias ajustava-se ao objeto licitado, seja por sua complexidade, seja por sua estimativa de crescimento. Não se faz arrazoadado arguir limitação ao princípio da competitividade ao passo que o mesmo deve ser mitigado, preservando-se a efetiva prestação do serviço, a proteção do meio ambiente, e discricionariedade administrativa.

Passando a analisar o item n.º 4, relacionado à inexigência de comprovação de capacidade técnica operacional, o defendente pontuou inicialmente o seguinte:

“Há de se ressaltar no presente tópica a antítese da denunciante. Em suas razões de denunciar, insurge contra suposto excesso contido em edital que limita a participação dos interessados eis que solicitado atestado com capacidade técnica profissional acima de 50 toneladas dia, no entanto, já no tópico seguinte, reclama a ausência da exigência em edital, da comprovação de capacidade técnica operacional.

Na sequência de sua argumentação, sublinhou:

“Avoca a denunciante o art. 30 da Lei 8.666/93, o qual, é oportuno relembrar, constitui-se em rol máximo que poderá ser exigido; e não, portanto, em listagem mínima, a ser obrigatoriamente requisitada em toda e qualquer situação. Pois bem. Da leitura simples do artigo referenciado, é possível identificar que a qualificação técnica poderá ser comprovada em dois aspectos: um relacionado à estrutura da licitante/empresa que participará de determinado certame licitatório; e, outro, concernente aos profissionais que integram a empresa participante da licitação; os quais conformam, respectivamente, as chamadas capacidade técnico-

operacional e, a capacidade técnico profissional, conforme restará adiante explicitado. "

Após discorrer com propriedade acerca das duas vertentes da qualificação técnica, as denominadas capacidades técnico-operacionais e técnico profissionais, o defendente salientou não haver, no Edital de Concorrência Pública nº 01/2018, qualquer omissão que pudesse prejudicar a futura execução dos serviços considerando-se que os documentos atinentes à qualificação econômica financeira, à composição de custos e demais documentos exigidos dos licitantes, são fatores que, tomados conjuntamente afastariam os riscos em torno do objeto licitado.

A exigência, que no ponto de vista da denunciante era essencial, quando muito, é complementar, haja vista não ser a empresa detentora de acerto técnico, razão pela qual o atestado de capacidade técnico-operacional da empresa não se fazia vinculante e probatório.

Encerrando suas alegações acerca do item n.º 4, ponderou o defendente:

Por fim, insta esclarecer que a Constituição da República, no inciso XXI do art. 37, prescreve que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de ser devidamente justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, em homenagem ao princípio da legalidade. Ademais, devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de modo a não ocasionar restrição ainda maior à competitividade no certame.

Passando a se manifestar sobre o último item de suas alegações, o de n.º 5, vedação à participação de empresas em recuperação judicial, o defendente argumentou que a exigência descrita no item n.º 4.4.1 do edital era comum a todo e qualquer processo licitatório e sua redação dispensava interpretação visto ser da mais simples inteligência.

Em sua opinião, não havia no edital qualquer restrição a participação das empresas em processo de recuperação judicial, exigia-se apenas a certidão que visaria atestar o estado de coisa: motivo, razão ou circunstância de a empresa estar em eventual processo de recuperação judicial.

De mais a mais, de acordo com o defendente, a expressão *negativa* constante do item n.º 4.4.1 do edital, apenas fazia reproduzir a Lei das Licitações em seu artigo 31, inciso II.

Finalizando sua manifestação defensiva, o defendente requereu o recebimento da defesa e, no mérito, sua total improcedência.

Passa-se na sequência ao exame técnico das alegações concernentes ao mérito da presente Denúncia.

II.2) Análise da Defesa apresentada pelo Sr. Wilber José de Souza, Presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos:

No que concerne ao ponto n.º 1, pertinente à exigência de certidão negativa de Dívida Ativa da União, o defendente esclareceu que, embora o edital tenha exigido “Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União” (cláusula 4.2.2), a utilização do termo “quitação” reproduziu terminologia antiga, que não refletiu em interpretação restritiva da cláusula editalícia “ao passo de afirmar que somente seriam aceitas as empresas que apresentassem certidões negativas, vez que, como sabido, as certidões positivas com efeitos negativos, ou vice-versa, (...), produzem os mesmos efeitos garantidores do direito à participação no certame” (p. 3/4, peça 31 do processo piloto, arquivo “defesa wilber”).

De fato, esta Unidade Técnica entende que constar da sobredita cláusula editalícia a condição de quitação de tributos federais e da dívida ativa da União para efeito de habilitação fiscal por si só não tem o atributo de comprometer a legalidade da exigência.

Ao que tudo indica a expressão “quitação” contida no item 4.2.2 do ato convocatório é mera reprodução da terminologia empregada no art. 205 do Código Tributário Nacional – CTN, ou seja, de que “a lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, (...)”.

A propósito, o art. 206 do CTN disciplina que “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”. Diante disso, se há interpretação possível no sentido de que a Administração aceitará para habilitar no certame tanto a certidão negativa de débitos tributários federal quanto a certidão positiva com efeito de negativa, como é costumeiro em sede de licitações, esta Unidade Técnica entende que a irregularidade apontada é meramente formal.

Ademais, embora a terminologia utilizada tenha sido tecnicamente incorreta, esta Unidade Técnica entende que não há elementos nos presentes autos que evidenciem a ocorrência de cerceamento de competitividade no caso em tela, tendo o defendente ressaltado que a interpretação da cláusula, na prática, não foi restritiva.

Nestes termos, esta Unidade Técnica se manifesta pela expedição de recomendação, a fim de que, em futuros certames, a Municipalidade se atente à terminologia prevista no art. 29, III, da Lei nº 8.666/1993, evitando duplicidade de interpretações.

Acerca do item n.º 2 relacionado à exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas, verifica-se que o defendente informou que o item 19.1.3 do

edital foi inserido em observância ao art. 55, XIII, da Lei 8.666/1993, que prevê a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Em que pesem as alegações do defendente, esta Unidade Técnica entende que a Lei de Licitações prevê, no art. 87, rol taxativo de possíveis sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, a saber: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Neste sentido, verifica-se que a retenção de pagamento não consta da relação das sanções administrativas cabíveis, sendo irregular tal previsão editalícia.

Cumprе ressaltar que este Tribunal já analisou o assunto na Consulta n. 862776, entendendo que ofende o princípio da legalidade a previsão de sanção administrativa não prevista no art. 87 da Lei n. 8.666/1993, nos seguintes termos:

CONSULTA – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – EXECUÇÃO CONTRATUAL – COMPROVAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO (ART. 55, XIII, DA LEI N. 8.666/93) –

DESCUMPRIMENTO DESSA OBRIGAÇÃO – RETENÇÃO DE PAGAMENTO DEVIDO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – SANÇÃO ADMINISTRATIVA NÃO PREVISTA NO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93.

1) É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF, devendo a comprovação permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser *“obrigação do contratado manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”*.

2) A Administração Pública não pode negar a devida contraprestação pecuniária por bens ou serviços contratados que lhe foram efetivamente prestados ou disponibilizados a contento, ainda que o fornecedor dos bens ou o prestador de serviço se encontre em dívida com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, pois além de não encontrar amparo legal, configura enriquecimento ilícito da Administração Pública.

3) **A Administração poderá, em razão de descumprimento de cláusula contratual, imputar as sanções previstas no art. 87 da Lei n.º 8.666/93 ou, até mesmo, rescindir o contrato. Todavia, a retenção de pagamento em razão de o contratado não manter a regularidade fiscal perante a Fazenda Pública ofende o princípio da legalidade** insculpido na Carta Magna, por não constar do rol das condições para o pagamento de acordo com o que dispõe o art. 87 da Lei nº 8.666/93.

Pelo exposto, esta Unidade Técnica entende pela procedência do item em tela.

Quanto ao item n.º 3 - ausência de justificativas no tocante à exigência de quantitativos mínimos superiores a 50% - e ao item n.º 4, pertinente à inexigência de comprovação de capacidade técnico-operacional, esta Unidade Técnica entende necessário o encaminhamento dos autos à 2ª CFOSE, considerando a especificidade da matéria, que envolve questões técnicas da área de engenharia, examinadas, em sede de análise inicial, pela

referida Coordenadoria, conforme peça 15, p. 35/54, do processo piloto).

No tocante ao item nº 5 concernente à vedação à participação de empresas em recuperação judicial, esta Unidade Técnica averiguou que o item 4.4.1 do edital foi objeto de dupla interpretação. A cláusula assim dispõe:

4.4 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

4.4.1 – Certidão Negativa de Falência, Recuperação judicial ou Extrajudicial, Concordata expedida dentro dos 90 (noventa) dias antecedentes à data de abertura desta licitação ou segundo as disposições contidas no documento acerca do prazo de validade dele, admitindo-se certidões digitais.

A CFEL, na análise constante à peça 15, p. 22-24 (piloto), entendeu que a “expressão ‘Certidão Negativa’ se refere à falência, logo, não se pode concluir que a cláusula 4.4.1 do edital vedou, no processo licitatório, a participação de empresas em recuperação judicial”.

Por outro lado, o Ministério Público de Contas, no parecer à peça 15, p. 65 (piloto), entendeu que a referida cláusula editalícia exigiu certidão negativa de recuperação judicial, em ofensa ao entendimento que vem sendo adotado pelo TCEMG e pelo STJ.

Assim, ante à dupla interpretação ocasionada pela referida cláusula, esta Unidade Técnica entende não ser razoável considerá-la irregular e aplicar multa ao defendente. No entanto, manifesta-se

pela emissão de recomendação ao Município para que, em futuros certames, evite redação dúbia de cláusulas editalícias e atente-se à orientação do TCEMG acerca da participação de empresas em recuperação judicial. Neste sentido, destaca-se a decisão prolatada nos autos da Denúncia 1031209 pela Segunda Câmara, sessão de 08/02/2018:

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.

II.3) Defesas apresentadas pelas Sra. Elaine Cristina Barros Caldeira, Presidente da Comissão de Licitação do CPGRS, e Fabiana Ávila Modesto, Secretária Executiva do CPGRS.

A Sra. Elaine Cristina Barros Caldeira e Sra. Fabiana Ávila apresentaram defesa cujo conteúdo material é idêntico ao apresentado pelo **Sr. Wilber José de Souza**, Presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, razão pela qual reputa-se desnecessária a reprodução dos argumentos contidos naquela

manifestação defensiva, reiterando-se a análise técnica produzida no item II.2, no intuito de evitar repetição desnecessária.

II.4) Defesa apresentada pelo Sr. Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor jurídico do CPGRS

O Sr. Cristiano Prates, assessor jurídico, deduziu, nas razões de mérito, argumentação defensiva idêntica às deduzidas pelos demais defendentes, com uma particularidade apenas – apresentou questão preliminar intitulada **“Da inviolabilidade do advogado público”** na qual intentou delimitar a atuação profissional do advogado público, bem como sua responsabilidade na formulação de pareceres e orientações jurídicas aos órgãos e pessoas em favor das quais exerce seus atributos profissionais.

Assim, exceto pela questão preliminar, que em razão de sua diversidade frente às demais questões, será examinada nesta parte da análise, mantém-se a análise técnica constante do item II.2 para os demais itens da defesa apresentada pelo Sr. Cristiano, por apresentar conteúdo rigorosamente igual.

Inicialmente, sustentou o mencionado defendente em sua peça defensiva o seguinte:

“A Constituição Federal em seu art. 133, bem como o art. 2º da Lei 8.906/94, citados ao norte, são claros em garantir ao advogado liberdade de manifestação de seu pensamento em suas peças processuais, não sendo aconselhável, em um Estado de Direito, submeter referido profissional a um processo apenas e simplesmente por ter exercido tal prerrogativa.

O Supremo Tribunal Federal, sobre o exercício da advocacia e o respeito às prerrogativas profissionais, onde se inclui a liberdade de manifestação de pareceristas..."

Citando ementa intitulada "EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E A NECESSIDADE DE RESPEITO ÀS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DO ADVOGADO, no HC 98237, de relatoria do Min. Celso de Melo, o defendente com fundamento nesta orientação jurisprudencial, sustentou a imunidade que goza todo e qualquer advogado, incluindo nesta situação o próprio defendente.

De tal asserto, inferiu que, " o Assessor que atua no consultivo somente pode ser responsabilizado quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou culpa consubstanciado no erro grosseiro e inescusável. Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva, fundada na Teoria da Culpa, que demanda a comprovação: 1) da ação ou omissão do agente, 2) da culpa em sentido amplo, 3) do efetivo dano ao erário público, 4) do nexo causal entre a conduta do parecerista e o dano, necessário, para tanto, prova inconteste da ocorrência de tais condutas, o que não se faz presente.."

Finalizando seu ponto de vista acerca da isenção de responsabilidade no exercício de sua atuação consultiva, o defendente salientou o seguinte:

"Inexiste no presente feito erro grave e inescusável, eis tratar-se a questão de interpretação, passível de entendimento diverso,

o que se resta evidenciado pela necessidade de discussão e análise de corpo técnico desse Tribunal. A interpretação dos fatos pelos documentos apresentados, tanto em fase externa quanto interna do processo licitatório, levaram à conclusão do parecerista/defendente, não havendo erro jurídico. Desta feita, imprópria qualquer imputação de culpa, por ação ou omissão que se queira imputar ao Assessor defendente."

Passa-se à análise da questão preliminar.

II.5) Análise da Defesa apresentada pelo Sr. Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor jurídico do CPGRS

Analisando-se a preliminar apresentada pelo supraindicado defendente tem-se a considerar que lhe assiste razão quando pontua que a atuação profissional do advogado em parecer decorrente do exercício de atividade consultiva de natureza jurídica somente ensejará responsabilidade civil ou administrativa a seu subscritor em situações de erro grosseiro e/ou culpa grave e inescusável, além disso, é preciso ainda que se estabeleça nexo de causalidade entre a conduta do parecerista e a ocorrência efetiva de dano ao erário, o que, como frisou o defendente, com o qual se está de acordo, não ocorreu no presente caso, fato atestado nos relatórios das coordenadorias especializadas deste Tribunal e verificadas pelo exame da planilha de preços acostadas a todas as manifestações de defesa.

Importante destacar, neste sentido, decisão recente desta Corte de Contas acerca da responsabilidade do parecerista jurídico:

REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÕES DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS EM AUDITORIA E CONSULTORIA CONTÁBIL E FINANCEIRA. INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO. MÉRITO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SINGULARIDADE. INCIDÊNCIA DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO GESTOR. COMPETIÇÃO INVIÁVEL. REGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETOS BÁSICOS OU TERMOS DE REFERÊNCIA. IRREGULARIDADE. DANO PRESUMIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI ORGÂNICA. RESPONSABILIZAÇÃO DOS PARECERISTAS. AFASTADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas, tendo como termo inicial a data de ocorrência do fato.

2. O que marca a singularidade é o aspecto subjetivo da prestação do serviço, avaliado sob a ótica do prestador, que envolve a metodologia empregada, a experiência específica, o elemento criativo, o traço pessoal do profissional, que agregam às atividades qualidades que as tornam distintas de todas as outras disponíveis no mercado.

3. A exigência de elaboração de projeto básico ou termo de referência como etapa preliminar à contratação, mais do que uma formalidade em si, configura o sobrelevo dado pela lei a um modelo de planejamento para a realização de despesas públicas, na medida em que, ainda na fase interna das licitações, deve a Administração identificar a sua real necessidade e as potenciais soluções para seu atendimento, inclusive com o estudo das condições de mercado, para, então, delimitar adequadamente o que pretende contratar.

4. O dano presumido é comumente reconhecido pelos Tribunais de Contas nos casos de omissão nas prestações de contas, atendo-se a essa seara. Não compete às Cortes de Contas, contudo, deliberar sobre restituição de lucro espúrio obtido por empresa contratada por meio de fraude a certame licitatório, pois isso importaria na aplicação de pena de perdimento de bens ou valores

acrescidos ilicitamente ao patrimônio de particular, sanção não prevista na Lei Orgânica do Tribunal.

5. O Tribunal de contas não é instância disciplinar de pareceristas jurídicos, os quais somente se sujeitam a sanções no âmbito do controle externo pela emissão de seus pareceres quando houver nexo causal entre estes e o ato de gestão irregular.

Ante o exposto, opina esta Unidade Técnica pelo acolhimento da questão preliminar e, em razão disso, a exclusão do defendente, Sr. Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor jurídico do CPGRS, dos efeitos jurídico-processuais da presente Denúncia.

III – CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina esta Unidade Técnica pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente **DENÚNCIA**, em razão de ter sido firmado juízo minimamente seguro e responsável sobre a ocorrência de irregularidade concernentes aos seguintes itens:

- Cláusula 19.1.3 do edital: exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas.

Entende, ainda, esta Unidade Técnica que a mencionada constatação poderá ensejar, observado o devido processo legal, a aplicação de multa aos responsáveis, **Sr. WILBER JOSÉ DE SOUZA**, Presidente do Consórcio Público de Gestão

de Resíduos Sólidos (CPGRS), **Sra. ELAINE CRISTINA BARROS**
Presidente da Comissão de Licitação do CPGRS e **Sra.**
FABIANA ÁVILA MODESTO, Secretária Executiva do CPGRS,
todos subscritores do edital da Concorrência Pública nº 1/2018
(p. 153 da peça 13 – piloto) por ato praticado com 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.).

À consideração superior.

TCE-MG/DCEM/2ª CFM, 18 de dezembro de 2020.

_____.

Tarcisio Patricio F. Junior
ANALISTA DE CONTROLE EXTERNO
TC n.º 1851-9