



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 2ª CFM - 2ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



ANÁLISE INICIAL DE DENÚNCIA

Processo nº: 1092674

Natureza: DENÚNCIA

Relator: CONSELHEIRO SUBST. LICURGO MOURÃO

Data da Autuação: 02/09/2020

1. INFORMAÇÕES GERAIS

Data do Juízo de Admissibilidade: 01/09/2020

Objeto da Denúncia :

Supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 029/2020, Processo de Compra nº 256/2020, tendo como objeto a aquisição temporária do direito de uso de software voltado para a gestão, o monitoramento e a auditoria da apuração do valor adicional fiscal – VAF do Município de Coronel Fabriciano.

Origem dos Recursos:

Municipal

Tipo de Ente Jurisdicionado: Município

Entidade ou Órgão Jurisdicionado: PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

CNPJ: 19.875.046/0001-82

Tipo de Ente Jurisdicionado: Município

Entidade ou Órgão Jurisdicionado: PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

CNPJ: 19.875.046/0001-82

PROCESSOS RELACIONADOS

Número do Processo: 1098407

Natureza: DENÚNCIA

Objeto: MAGNUS BRUGNARA, ADVOGADO INSCRITO NA OAB/MG SOB O Nº 97.969, APRESENTA DENÚNCIA ACERCA DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES RELACIONADAS AO PREGÃO PRESENCIAL Nº 029/2020 ; PROCESSO LICITATÓRIO Nº 117/2020, PROMOVIDO PELO MUNICÍPIO DE CORONEL FABRICIANO, OBJETIVANDO A CESSÃO DE DIREITO DE USO DE SOFTWARE, 100% ACESSÍVEL VIA WEB, INCLUINDO TREINAMENTO E SUPORTE TÉCNICO, PARA REALIZAÇÃO DA GESTÃO, MONITORAMENTO E AUDITORIA DA APURAÇÃO DO VALOR ADICIONADO MUNICIPAL ; VAF, POR UM PERÍODO DE 12 MESES E, CONSEQUENTEMENTE, AO CONTRATO ADMINISTRATIVO Nº 219/2020.
RELATÓRIO DE TRIAGEM Nº 30/2021.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 2ª CFM - 2ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



Relator: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

Situação: AGUARDANDO PARECER

Deliberações ou fatos que impactam a análise:

Em busca realizada no SGAP, verificou-se a existência de outro processo em tramitação neste Tribunal (Denúncia n. 1098407) também versando sobre outras supostas irregularidades atreladas ao Pregão Presencial nº 029/2020. Em face da conexão entre os fatos denunciados neste e no processo supracitado, esta Unidade Técnica sugere ao Relator o exame da viabilidade de se determinar o apensamento dos autos, com fundamento no art. 156 da Resolução TCEMG nº 02/2008 c.c. art. 55, caput e §3º, do Código de Processo Civil.

DADOS DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO

Processo Licitatório nº: 117/2020

Objeto:

Cessão de direito de uso de software, 100% acessível via web, incluindo treinamento e suporte 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 no termo de referência, ANEXO I do edital.

Modalidade: Pregão

Tipo: Menor preço

Licitante vencedora: SIGMA TECNOLOGIA E ASSESSORIA LTDA - 14.599.453/0001-90

Contratada(s):

SIGMA TECNOLOGIA E ASSESSORIA LTDA - 14.599.453/0001-90

Objeto do contrato:

Cessão de direito de uso de software, 100% acessível via web, incluindo treinamento e suporte técnico, para realização da gestão, monitoramento e auditoria da apuração do valor adicionado municipal – VAF, por um período de 12 meses.

2. ANÁLISE DOS FATOS DENUNCIADOS

Introdução:

Trata-se de denúncia com pedido liminar formulada pela empresa Eicon Controle Inteligente de Negócios Ltda, em que se noticiam irregularidades no âmbito do Pregão Presencial nº 029/2020, Processo de Compra nº 256/2020, promovido pelo Município de Coronel Fabriciano, com vistas à aquisição temporária do direito de uso de software voltado para a gestão, o monitoramento e a auditoria da apuração do valor adicional fiscal – VAF.

A denúncia foi instruída com a documentação juntada no Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP ao longo das peças 01 a 22, tendo sido recebida em 01 de setembro de 2020, e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 2ª CFM - 2ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



autuada e distribuída no dia imediatamente subsequente, em conformidade com o despacho e o termo de distribuição acostados, respectivamente, às peças 07 e 08.

Submetidos os autos ao Relator, este determinou a intimação do Prefeito e da Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano, srs. Marcos Vinícius da Silva Bizarro e Patrícia Cristina Ferreira Sá, a fim de que prestassem esclarecimentos acerca dos fatos e irregularidades denunciados e remetessem cópia das fases interna e externa do pregão impugnado, bem como dos documentos de despesa porventura já realizados, na forma prevista no art. 166, § 1º, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal (peça 09).

Devidamente intimados (peças 10 a 13), os representantes do Município remeteram a documentação requerida, protocolizada sob o nº 6659611/2020, a qual foi juntada às peças 19 e 20 do SGAP.

Na sequência, os autos foram remetidos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL (peças 18 e 21), que, no entanto, assinalou a competência da 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios para a realização do exame técnico inicial, em vista da celebração do Contrato de Prestação de Serviços nº 219/2020, nos termos do art. 43 da Resolução Delegada nº 01/2019 (peça 22).

2.1 Apontamento:

Da ausência de fundamentação para a vedação de participação de empresas em consórcio

2.1.1 Alegações do denunciante:

Em síntese, o denunciante alega que houve restrição indevida à competitividade no âmbito do Pregão Presencial nº 029/2020, pelo fato de o Edital não ter contemplado justificativa técnica e jurídica para a vedação à participação de consórcios de empresas no certame. Segundo afirma, a exigência da referida justificativa, no caso, seria ainda reforçada: i) pela natureza do objeto licitado, o qual seria compatível com a execução em conjunto por mais de uma empresa; ii) pela concomitante vedação à subcontratação do objeto “que restringe que empresas que produzem softwares possam ser consorciar e participarem do presente certame” [sic]. (p. 07-14 da peça 2)

2.1.2 Documentos/Informações apresentados:

- Cópia do Edital e Anexos do Pregão Presencial nº 029/2020 (peça 5);
- Manifestação preliminar da Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá (arquivo “Patrícia – auto 1092674” da peça 20);
- Manifestação preliminar do Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro (arquivo “Prefeito – auto 1092674” da peça 20);
- Cópia do Pregão Presencial nº 029/2020 (Anexos 01 e 02 da peça 20).

2.1.3 Período da ocorrência: 08/07/2020 em diante

2.1.4 Análise do apontamento:

Conforme visto, o denunciante considerou ofensiva à competitividade a vedação contida no item 2.2.1 do Edital do Pregão Presencial nº 029/2020, em virtude de não se ter explicitado, no instrumento convocatório, “os motivos que levaram à Administração a entender que a participação de empresas

consorciadas pudesse comprometer a execução do objeto do certame ou fosse impertinente” (p. 9 da peça 2).

Por sua vez, o Prefeito e a Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano, ao se manifestarem preliminarmente sobre os fatos denunciados (peça 20), afirmaram, em síntese, que a admissão ou não da participação de empresas em sistema de consórcio resultaria da escolha discricionária da Administração, conforme assinalado pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, sendo cabível o controle tão somente em relação “à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos”.

De fato, pautando-se na inteligência do art. 33 da Lei Federal nº 8.666/93, tanto a jurisprudência deste Tribunal como a do Tribunal de Contas da União têm afirmado que a decisão de permitir ou negar a participação de consórcios de empresas em licitação deriva de um juízo de oportunidade e conveniência a cargo da Administração contratante:

A decisão da Administração quanto à vedação para participação de empresas em consórcio nos certames é discricionária, mas deverá ser justificada quando o objeto for de alta complexidade e grande vulto. (TCEMG, Denúncia n. 944592, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Segunda Câmara, 24/08/2017)

A participação de empresas em consórcio nas licitações é excepcional, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração. (TCEMG, Denúncia n. 986506, Rel. Cons. Subs. Hamilton Coelho, Primeira Câmara, 18/06/2019)

Está no âmbito da discricionariedade da Administração a participação ou não de empresas em consórcio, devendo ser observada a necessidade de se fazer constar no processo licitatório a justificativa para sua escolha, em razão de seu vulto e complexidade. (TCEMG, Denúncia n. 951349, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Segunda Câmara, 01/12/2016)

A jurisprudência deste Tribunal já se firmou no sentido de que a admissão ou não de consórcio de empresas em licitações e contratações é competência discricionária do administrador, devendo este exercê-la sempre mediante justificativa fundamentada. (TCU, Acórdão n. 2.831/2012, Rel. Min. Ana Arraes, Plenário, 17/10/2012)

Visando, entretanto, afastar excessos e arbitrariedades, é comum que se exija do gestor que justifique sua decisão, no intuito de que exponha, em deferência aos princípios da motivação e da publicidade, as razões que ampararam sua escolha, nos casos em que houver risco de prejuízos à competitividade:

A participação de empresas reunidas em consórcio é admitida pelo art. 33 da Lei n. 8.666/93, exigindo-se que sua vedação seja sempre justificada. Isso porque a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, uma vez que ao gestor público não é conferida ampla liberdade para atuar de acordo com sua vontade. (TCEMG, Denúncia n. 932377, Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, Primeira Câmara, 02/02/2016)

Trata-se de cautela que busca compelir o agente público a externar os resultados do processo de avaliação da realidade de mercado por ele conduzido e que o fizeram concluir pela (des)vantajosidade de se admitir o ingresso de sujeitos consorciados na concorrência em face do objeto licitado, conforme a lição de Marçal Justen Filho, citado pela Cons. Adriene Andrade no acórdão referente à Denúncia n. 931034:

“O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões

arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.”

Nesse sentido, inclusive, este Tribunal tem orientado os gestores no sentido de que, conforme o caso, a motivação inerente à decisão pela admissão ou não de consórcio de empresas em procedimento licitatório há de ser feita à luz da natureza e da complexidade do objeto, perpassando, além disso, dentre outros aspectos, pela análise da ampliação da competitividade, da vultuosidade dos custos envolvidos e das circunstâncias de mercado:

A possibilidade ou o impedimento de participação de consórcio de empresas em processo licitatório deve ser baseado na natureza e na complexidade do objeto, na ampliação da competitividade, na vultuosidade dos custos envolvidos e nas circunstâncias de mercado, entre outros aspectos relevantes. (TCEMG, Representação n. 977734, Rel. Cons. Subs. Licurgo Mourão, Primeira Câmara, 10/11/2020)

Por via regra, prevalece a vedação à participação dos consórcios em licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta; a opção da Administração por vedar ou permitir a participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, devendo ser assegurada no caso concreto a ampla competitividade no certame. (TCEMG, Recurso Ordinário n. 952058, Rel. Cons. José Alves Viana, Tribunal Pleno, 03/08/2016)

Note-se, contudo, que a exigência de motivação expressa tem sido apregoada apenas nas hipóteses em que a Administração optar por permitir ou negar o ingresso de empresas consorciadas no certame em contradição com a regra geral aplicável ao caso, dedutível a partir da análise da natureza do objeto.

Explica-se: a jurisprudência deste Tribunal tem apontado para a existência de uma relação de causalidade entre a natureza do objeto da licitação e a possibilidade ou não de participação de consórcio de empresas no âmbito dos procedimentos licitatórios:

Para tanto a tese que se defende é a de que o limite da discricionariedade pressupõe a defesa da existência de um nexo de causalidade entre a natureza do objeto e a vedação ou autorização para participação de empresas reunidas em consórcio nos certames licitatórios. (TCEMG, Recurso Ordinário n. 997720, Rel. Cons. José Alves Viana, Tribunal Pleno, 09/08/2017)

Segundo se entende, a natureza do objeto licitado não apenas influenciaria a decisão pela admissão ou não do consórcio de empresas como determinaria, em concreto, a necessidade ou não se motivar a decisão final do gestor.

Dentro dessa perspectiva, o entendimento vigente tem sido o de que, se o objeto é comum, simples e de pequena monta, a regra geral é a vedação à participação de consórcio de empresas no certame; se, por outro lado, o objeto apresentar complexidade e vultuosidade expressivas, a regra geral passa a ser a admissão, na concorrência, de empresas em consórcio.

Por conseguinte, apenas a decisão que contrariar a regra geral haverá de ser expressamente motivada, afinal, despicando seria exigir-se a motivação expressa de cláusula editalícia que, no caso, apenas fizesse reproduzir o regramento vigente.

Em outras palavras, se o objeto é simples, comum e de pequena monta, a exigência de motivação expressa só se tornará cogente quando a decisão do gestor excepcionar a regra geral, admitindo, nessa

situação, a participação de consórcio de empresas. Por outro lado, se o objeto for complexo e vultoso, é a vedação à participação de empresas coligadas que haverá de ser expressamente fundamentada nos autos. Veja-se:

Assim, sugiro a adoção da seguinte sistemática, a fim de que possamos adotar, como fator condicionante da limitação ao poder discricionário da Administração Pública: (1) nas licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta, a vedação impõe-se como regra, posto que os consórcios, em tese, restringem a competitividade. Se permitido, deve ser justificado; (2) já nos certames de grande vulto e alta complexidade, a regra geral passa a ser a de permissão dos consórcios, devendo a vedação, pois, ser justificada. (TCEMG, Denúncia n. 932541, Rel. Cons. Sebastião Helvécio, Primeira Câmara, 28.11.2017)

Regra geral, prevalece a vedação à participação dos consórcios em licitações em que o objeto for comum, simples e de pequena monta; a opção da Administração por vedar ou permitir a participação de empresas reunidas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, devendo ser assegurada no caso concreto a ampla competitividade no certame. (TCEMG, Denúncia n. 887970, Rel. Cons. Sebastião Helvécio, Primeira Câmara, 03/04/2018)

Nesse sentido, compulsando-se os autos, verifica-se que o objeto do certame envolve, basicamente, a aquisição temporária do direito de uso de *software* voltado ao acompanhamento da apuração do VAF (p. 2 do Anexo 01 da peça 20):

“Cessão de direito de uso de software, 100% acessível via web, incluindo treinamento e suporte técnico, para realização da gestão, monitoramento e auditoria da apuração do valor adicional municipal – VAF, por um período de 12 meses, conforme especificações técnicas descritas neste termo.”

Segundo se entende, trata-se de objeto comum e simples – como inclusive denota a modalidade licitatória empregada (pregão), que se mostra inteiramente passível de ser executado por uma mesma empresa, já que não se vislumbram, dentre as especificações do termo de referência (p. 02-14 do Anexo 01 da peça 20), questões de maior vulto e complexidade técnica cuja execução demande a conjunção de esforços empresariais e a formação de consórcio, a fim de se alcançar as qualificações técnicas e econômico-financeiras minimamente necessárias.

Em verdade, no presente caso, a própria continuidade da contratação reforça o entendimento quanto à natureza comum e simples do objeto, posto que o *software* cuja licença de uso foi licitada constitui ferramenta destinada a amparar a execução de rotinas administrativas que integram o rol de atividades permanentes do órgão contratante, vinculadas à fiscalização da arrecadação de receitas do Município de Coronel Fabriciano, a partir do monitoramento do Valor Adicional Fiscal – VAF. De modo que a contratação, nesse caso, de empresas consorciadas poderia, inclusive, contrariar os interesses da Administração, já que a transitoriedade e a precariedade ínsitas ao vínculo consorciativo revelar-se-iam, em verdade, mais consentâneas com a execução de objeto certo e determinado, conforme o raciocínio trilhado pela Unidade Técnica na análise do Processo n. 898328 e amparado em precedente deste Tribunal:

O consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado. (TCEMG, Denúncia n. 969503, Rel. Cons. Wanderley Ávila, 01/11/2016)

Tampouco o valor da presente contratação, equivalente a R\$165.600,00 (cento e sessenta e cinco mil e

seiscentos reais) anuais (p. 112 do Anexo 02 da peça 20), poderia justificar, por si só, a exigência de motivação expressa no presente caso, dado que, como visto, a escolha pela vedação ou admissão dos consórcios empresariais em licitação deve derivar da ponderação de um conjunto de fatores que vão além do preço, como a natureza do objeto, seu vulto e dimensão, a ampliação da concorrência etc.:

Em síntese, fica por último um alerta. O que deve ser observado por esta Corte é que a participação de empresas em consórcio na licitação deve ter como parâmetro a conjugação de elementos como vulto, dimensão e complexidade, não querendo significar, por exemplo, que somente o valor de uma licitação é suficiente para caracterizar a exigência de participação/vedação em consórcio. Repita-se então que tal aferição deve levar em conta também a natureza do objeto. (TCEMG, Recurso Ordinário n. 997720, Rel. Cons. José Alves Viana, Tribunal Pleno, 09/08/2017)

Sendo assim, embora não haja, na fase interna do Pregão Presencial nº 029/2020, justificativa específica para a vedação consignada na Cláusula 2.2.1 do Edital, entende-se que o vulto e a natureza do objeto licitado atraem a incidência da regra geral relativa à participação de empresas consorciadas em licitação (art. 33 da Lei Federal nº 8.666/93), a qual, portanto, fornece justificativa bastante para a restrição imposta, dispensando-se, assim, a formalização de motivação específica em apartado:

Não cabe a responsabilização do gestor pela ausência de motivação expressa, nos casos em que a situação fática encontrar correspondência com a regra geral, uma vez que a própria natureza do objeto licitado justifica por si só a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame. (TCEMG, Recurso Ordinário n. 997720, Rel. Cons. José Alves Viana, Tribunal Pleno, 09/08/2017)

Quando a natureza do objeto da contratação, por si só, já justifica a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame, haja vista não ser de alta complexidade e grande vulto, não há obrigatoriedade de tal justificativa constar do processo administrativo. (TCEMG, Denúncia n. 898328, Rel. Cons. José Alves Viana, 23/08/2018)

Não cabe a responsabilização do gestor pela ausência de motivação expressa, nos casos em que a situação fática encontrar correspondência com a regra geral, uma vez que a própria natureza do objeto licitado justifica por si só a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame. Ademais, se nas licitações para a aquisição de bens e serviços comuns a participação de consórcio é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativa para a sua permissão, mas jamais quanto a sua restrição. (TCEMG, Recurso Ordinário n. 952058, Rel. Cons. José Alves Viana, Tribunal Pleno, 03/08/2016)

Por todo o exposto, esta Unidade Técnica manifesta-se pela improcedência da denúncia quanto ao apontamento ora analisado.

2.1.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

- Edital do Pregão Presencial nº 029/2020.

2.1.6 Critérios:

- Lei União nº 8666, de 1993, Artigo 33.

2.1.7 Conclusão: pela improcedência

2.1.8 Dano ao erário: Com base nas informações disponíveis para análise, não foi apurado dano ao erário.

2.2 Apontamento:

Da exigência irregular de apresentação de certidão negativa de concordata

2.2.1 Alegações do denunciante:

Em síntese, o denunciante aduz que o Item 10.1.3 do Edital do Pregão Presencial nº 029/2020, ao exigir dos licitantes a apresentação de certidão negativa de concordata, teria excluído a possibilidade de que empresas em regime de recuperação judicial participassem do certame, configurando, assim, restrição indevida à competitividade (p. 14-19 da peça 2).

2.2.2 Documentos/Informações apresentados:

- Cópia do Edital e Anexos do Pregão Presencial nº 029/2020 (peça 5);
- Manifestação preliminar da Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá (arquivo “Patrícia – auto 1092674” da peça 20);
- Manifestação preliminar do Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro (arquivo “Prefeito – auto 1092674” da peça 20);
- Cópia do Pregão Presencial nº 029/2020 (Anexos 01 e 02 da peça 20).

2.2.3 Período da ocorrência: 08/07/2020 em diante

2.2.4 Análise do apontamento:

Insurge-se o denunciante contra a exigência editalícia de apresentação de certidão negativa de concordata, por entender que a exclusão das empresas em regime de recuperação judicial ofenderia a ampla competitividade, estando em descompasso com a jurisprudência dos tribunais pátrios.

Em sentido contrário, o Prefeito e a Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano, em sua manifestação preliminar, alegam que a participação de empresas em regime de recuperação judicial não foi vedada, tendo-se apenas condicionado sua admissão à apresentação de documento comprobatório (certidão judicial) de sua aptidão econômica, como medida de cautela (peça 20).

Analisando-se os autos, verifica-se que o item 10.1.3 do Edital do Pregão Presencial nº 029/2020 impôs aos licitantes interessados o preenchimento das seguintes condições de habilitação econômico-financeira (p. 43 do Anexo 01 da peça 20):

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;

Note-se que a redação dada à cláusula editalícia reproduziu, parcialmente, a dicção do art. 31, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, adiante transcrito, com a diferença de que foi acrescida uma exigência alternativa, que assinala a admissão de “Certidão Judicial Cível Negativa:

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;

Como sabido, no entanto, por força das inovações introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei Federal nº 11.101/05, o instituto da concordata deixou de existir, sendo sucedido pela figura da recuperação judicial – mesmo que, tecnicamente, os dois institutos não se confundam. E, ainda que não se tenha operado a derrogação das normas do Estatuto de Licitações e Contratos que continham menção expressa à concordata (STJ, AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018), sua aplicação, por certo, há de ser harmonizada com a consecução dos propósitos tutelares da nova legislação falimentar em vigor.

Nesse contexto, se a Lei Federal nº 11.101/05, com amparo no art. 170 da Constituição da República, busca, dentre outros objetivos, estimular a atividade econômica e preservar a empresa (art. 47 da Lei Federal nº 11.101/05), não mais se poderia admitir a inclusão, nos editais de licitação, de cláusulas restritivas com potencial para vedar, de maneira terminante, a participação de empresas em regime de recuperação judicial nas concorrências promovidas pelo poder público, mediante a exigência de apresentação de certidão judicial de teor negativo, tal como sucedido no presente caso, pelo que se extrai do anacronismo contido no item 10.1.3 do instrumento convocatório.

Essa é a lógica por detrás do art. 52 da Lei de Falências ao dispensar as empresas em regime de recuperação judicial da apresentação de certidões negativas para que exerçam suas atividades, e que foi, inclusive, reforçada pela recente alteração efetuada pela Lei Federal nº 14.112/20, que suprimiu a exceção anterior, vigente à época dos fatos, relativa às contratações públicas. Veja-se o comparativo:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

(...)

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

(...)

II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, observado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

É também sob essa perspectiva que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União apontados pelo Prefeito e pela Pregoeira em sua manifestação preliminar hão de ser compreendidos (peça 20). Afinal, da leitura dos excertos destacados, extrai-se, de maneira clara, a orientação de que a participação em licitações de empresas em regime de recuperação judicial há de ser deferida, admitindo-se a demonstração de sua idoneidade financeira por meios variados, que certamente não poderiam ser limitados à necessária apresentação de “certidão judicial cível negativa”:

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).

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).

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).

Sobre o tema, sublinhe-se, ainda, o tratamento dispensado à questão pela nova lei de licitações, a qual, ao disciplinar as condições de habilitação econômico-financeira, excluiu a menção às certidões negativas de recuperação judicial:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Por todo o exposto, ainda que se considere razoável a intenção do Município de Coronel Fabriciano de acautelar seus interesses, conforme declarado pelo Prefeito e pela Pregoeira (peça 20), impondo-se a apresentação de documentação que conferisse maior segurança à contratação, entende-se que, da forma como redigido, o item 10.1.3 do Edital do Pregão Presencial nº 029/2020, ao reproduzir de maneira automática o comando obsoleto da Lei Federal nº 8.666/93, com o acréscimo, ainda, de uma exigência não prevista em lei (certidão cível judicial negativa), teve evidente caráter restritivo, com potencial para ensejar, caso replicado, situações prejudiciais à competitividade, sobretudo se desacompanhado, como foi o caso, de cláusula complementar, destinada à ampliação dos meios pelos quais as empresas em recuperação judicial pudessem demonstrar sua viabilidade econômica.

Não por outra razão, a jurisprudência deste Tribunal tem asseverado a necessidade de franquear-se a ampla participação, nos certames, de empresas em recuperação judicial, admitindo-se, inclusive, para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, a apresentação de certidão positiva, ainda que, posteriormente, seja necessário instaurar-se diligência a fim de averiguar a efetiva aptidão financeira do licitante vencedor:

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 n. 1031209, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Segunda Câmara, 08/02/2018)

A apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da licitante. (TCEMG, Rel. Cons. Gilberto Diniz, Segunda Câmara, 25/05/2017)

A exigência de apresentação de certidão negativa de falência e recuperação judicial, que, com o advento da Lei 11.101/2005, substituiu a certidão de falência e concordata, não implica a imediata

inabilitação do licitante, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da licitante e que, nos termos da jurisprudência desta Corte, deve estar atrelada à apresentação de comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, na forma do art. 58 da Lei n. 11.101/2005, bem como dos demais requisitos exigidos no edital (TCEMG, Denúncia n. 1072438, Rel. Cons. Subs. Adonias Monteiro, Segunda Câmara, 12/02/2020)

Nesse sentido, sendo certo que a imposição de cláusulas restritivas prejudiciais à concorrência deve ser evitada, considera-se procedente o presente apontamento, pelas razões anteriormente expostas, ainda que se entenda cabível, no presente caso, a substituição de eventual sanção por recomendação, em vista da ausência de repercussões práticas relevantes em decorrência da restrição em discussão (p. 99 do Anexo 02 da peça 20). De todo modo, em deferência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, propõe-se a citação da Pregoeira, Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá, e do Prefeito de Coronel Fabriciano, Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro, por terem, respectivamente, assinado o Edital (p. 48 do Anexo 01 da peça 20) e homologado o certame (p. 112 e 116/119 do Anexo 02 da peça 20) à revelia da irregularidade acima apontada.

2.2.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital do Pregão Presencial nº 029/2020.

2.2.6 Critérios:

- Lei União nº 8666, de 1993, Artigo 31, Inciso II;
- Lei União nº 11101, de 2005, Artigo 52.

2.2.7 Conclusão: pela procedência

2.2.8 Dano ao erário: Com base nas informações disponíveis para análise, não foi apurado dano ao erário.

2.2.9 Responsáveis :

- **Nome completo:** PATRICIA CRISTINA FERREIRA SA
- **CPF:** 08843334697
- **Qualificação:** Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano à época dos fatos
- **Conduta:** Assinar edital contendo exigência de qualificação econômico-financeira restritiva à competitividade.
- **Nome completo:** MARCOS VINICIUS DA SILVA BIZARRO
- **CPF:** 68726244004
- **Qualificação:** Prefeito Municipal
- **Conduta:** Homologar licitação cujo edital continha exigência de qualificação econômico-financeira restritiva à competitividade.

2.2.10 Medidas Aplicáveis:

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

- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Sugere-se a expedição de recomendação ao Prefeito e ao Pregoeiro do Município de Coronel Fabriciano para que, nos certames futuros, se abstenham de condicionar a habilitação econômico-



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 2ª CFM - 2ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



financeira das empresas em recuperação judicial exclusivamente à apresentação de certidão negativa de concordata.

Responsável(is) pela adoção da medida: Prefeito Municipal e Pregoeiro

2.3 Apontamento:

Da aglutinação irregular de serviços autônomos

2.3.1 Alegações do denunciante:

Segundo o denunciante, o Edital do Pregão Presencial nº 029/2020 promoveu a aglutinação ilegal de serviços incompatíveis entre si, quais sejam, o fornecimento de solução tecnológica (software) e a disponibilização de estrutura de datacenter, o que seria prejudicial à competitividade e à seleção da proposta mais vantajosa, sobretudo diante das vedações à subcontratação do objeto e à participação de empresas em sistema de consórcio (p. 19-30 da peça 2).

No entender do denunciante, o correto seria que houvesse o “fracionamento” do objeto, com a deflagração de licitações distintas para cada tipo de serviço, de maneira a ampliar a concorrência, pelo aproveitamento da multiplicidade de empresas especializadas num e noutro ramo.

2.3.2 Documentos/Informações apresentados:

- Cópia do Edital e Anexos do Pregão Presencial nº 029/2020 (peça 5);
- Manifestação preliminar da Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá (arquivo “Patrícia – auto 1092674” da peça 20);
- Manifestação preliminar do Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro (arquivo “Prefeito – auto 1092674” da peça 20);
- Cópia do Pregão Presencial nº 029/2020 (Anexos 01 e 02 da peça 20).

2.3.3 Período da ocorrência: 08/07/2020 em diante

2.3.4 Análise do apontamento:

Contrariando as alegações do denunciante relativamente à aglutinação ilegal em um mesmo objeto de serviços incompatíveis entre si, o Prefeito e a Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano afirmam que a descrição do objeto do certame foi clara e precisa e que as exigências estabelecidas pelo Edital do Pregão Presencial nº 029/2020 guardaram pertinência com os serviços pretendidos pela municipalidade, revelando-se, portanto, indispensáveis à garantia de sua plena execução (peça 20).

Analisando-se os autos, verifica-se que a descrição do objeto do certame focalizou, essencialmente, os serviços de fornecimento de solução tecnológica (*software*), tanto que os critérios e especificações estabelecidos ao longo do Item 3 do Termo de Referência buscaram detalhar as funcionalidades básicas que o programa desejado precisaria atender, em termos de importação de arquivos, cadastro e processamento de dados, envio de notificações eletrônicas, emissão de relatórios etc. (p. 02-14 do Anexo 01 da peça 20).

Nesse sentido, segundo se entende, a disponibilização do datacenter não foi tratada, pelo Termo de Referência, como um serviço distinto e autônomo, mas como requisito operacional do próprio sistema,

cujo funcionamento, conforme Item 4, demandaria “data center de alta disponibilidade, com balanceamento de carga e contingência operacional, como um serviço (SAAS), onde toda a estrutura computacional deverá estar disponível com o próprio software (servidores, conectividade, segurança de informações, instalações de versões de quaisquer aplicativos)” (p. 9 do Anexo 01 da peça 20).

Veja-se, inclusive, a justificativa fornecida pela Secretaria solicitante, segundo registrado na resposta do Município de Coronel Fabriciano à impugnação do Edital interposta pela empresa Eicon (p. 205 do Anexo 01 da peça 20):

“Sobre o datacenter: a exigência é de que o sistema web esteja hospedado em um datacenter confiável, isso, a rigor, é uma questão óbvia para quem tem um sistema de qualidade.”

Note-se, portanto, que ainda que em termos objetivos seja possível diferenciar os serviços de fornecimento de *software* dos serviços de disponibilização de *datacenter*, entende-se que, no presente caso, há plausibilidade para a escolha da licitação em lote único, já que a operacionalização integrada e a gestão coordenada desses serviços se mostram justificáveis sob a perspectiva da racionalidade e da eficiência (TCEMG, Denúncia n. 931034, Rel. Cons. Adriene Andrade, Primeira Câmara, 12/07/2016).

Afinal, o adequado funcionamento do sistema pressupõe a existência de uma base de hospedagem de dados compatível, de modo que se tornaria mais fácil que a própria empresa fornecedora do *software* disponibilizasse, igualmente, o *datacenter* correlato, dado conhecer, de antemão, as especificações tecnológicas da solução oferecida, dispensando-se, assim, eventuais ajustes que se fariam necessários caso tais serviços fossem providos por fornecedores distintos (TCEMG, Denúncia n. 812464, Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão, Primeira Câmara, 24/04/2012).

Ainda que o parcelamento seja a regra, em face da ampliação da competitividade que, normalmente, propicia (Súmula TCU n. 247, Súmula TCEMG n. 114 e art. 23, §1º, da Lei Federal n. 8.666/93), é certo que, em determinadas circunstâncias, a escolha pela aquisição de bens e serviços em lote único revelar-se-á mais vantajosa, tornando-se, assim, o caminho a ser trilhado pelo gestor.

Para tanto, exige-se, por óbvio, a apresentação de justificativa específica, na qual se expressem os motivos de ordem técnica e/ou econômica que motivaram a escolha pelo não parcelamento do objeto. E em que pese inexistir, nos autos do Pregão Presencial nº 029/2020, semelhante justificativa, entende-se, à vista de tudo que foi exposto até aqui sobre as peculiaridades do objeto, que tal falha de caráter formal não configura, por si só, erro grosseiro, nos moldes do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, capaz de legitimar a responsabilização dos gestores do Município de Coronel Fabriciano pelo apontamento denunciado, bastando, segundo se entende, que se expeça recomendação no intuito de que, nos certames futuros, cuidem de formalizar justificativa específica para amparar as aquisições que não seguirem a regra do parcelamento.

2.3.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital do Pregão Presencial nº 029/2020.

2.3.6 Critérios:

- Súmula Tribunal de Contas da União nº 247, de 2004;
- Súmula Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 114, de 2010;
- Lei União nº 8666, de 1993, Artigo 23, Parágrafo 1º.

2.3.7 Conclusão: pela improcedência



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 2ª CFM - 2ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



2.3.8 Dano ao erário: Com base nas informações disponíveis para análise, não foi apurado dano ao erário.

2.3.9 Medidas Aplicáveis:

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

- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Sugere-se a expedição de recomendação ao Prefeito e ao Pregoeiro do Município de Coronel Fabriciano para que, nos certames futuros, cuidem de formalizar justificativa específica para amparar as aquisições que não seguirem a regra do parcelamento.

Responsável(is) pela adoção da medida: Prefeito Municipal e Pregoeiro

2.4 Apontamento:

Da ausência de especificação da parcela de maior relevância

2.4.1 Alegações do denunciante:

Segundo o denunciante, as exigências do Edital do Pregão Presencial nº 029/2020 relativas à habilitação técnica dos licitantes estariam em desconformidade com a legislação e a jurisprudência pátrias, eis que teriam recaído sobre a totalidade dos serviços/módulos licitados ao invés de se direcionarem à parcela de maior relevância, que, no caso, sequer teria sido especificada (p. 30-37 da peça 2).

2.4.2 Documentos/Informações apresentados:

- Cópia do Edital e Anexos do Pregão Presencial nº 029/2020 (peça 5);
- Manifestação preliminar da Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá (arquivo “Patrícia – auto 1092674” da peça 20);
- Manifestação preliminar do Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro (arquivo “Prefeito – auto 1092674” da peça 20);
- Cópia do Pregão Presencial nº 029/2020 (Anexos 01 e 02 da peça 20).

2.4.3 Período da ocorrência: 08/07/2020 em diante

2.4.4 Análise do apontamento:

Conforme visto, o denunciante afirma que a ausência de delimitação da parcela de maior relevância dos serviços licitados tornaria irregulares as exigências editalícias relativas à qualificação técnica dos licitantes, por fazê-las recair sobre a integralidade do objeto, em prejuízo à competitividade.

Considerando, no entanto, que a licitação envolveu lote único, esta Unidade Técnica entende que a discussão relativa ao presente apontamento deve ser redirecionada, de modo a focalizar a viabilidade ou não de se exigir, no presente caso, a apresentação de atestado de capacidade técnica para objeto estritamente idêntico ao licitado.

Nesse sentido, compulsando-se os autos, verifica-se que as exigências de qualificação técnica referentes ao Pregão Presencial nº 029/2020 foram disciplinadas, inicialmente, pela Cláusula 7 do Termo de Referência (p. 02-14 do Anexo 01 da peça 20), nos termos a seguir transcritos, os quais foram, posteriormente, replicados pela Cláusulas 10.1.4.1 e 10.1.4.2 do Edital (p. 43-44 do Anexo 01 da peça 20):

7. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Deverá ser apresentado Atestado de Capacidade Técnica em nome da licitante, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando ter a licitante desempenhado atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação. (...)

O atestado deverá constar, no mínimo, que o software possui:

Importação de arquivos:

Arquivo de ATIVOS

Arquivo de RETORNO DO VAF

Arquivo de Escrituração Fiscal Digital – EFD ICMS-IPI

Funcionalidades:

Processamento das DAMEFs carregadas no sistema;

Geração do RESUMO DE CFOPs, para o ano base de apuração do VAF, a partir da EFD ICMS-IPI;

Montagem da DAMEF a partir da EFD ICMS-IPI;

Apuração de divergências entre os valores apresentados na DAMEF versus aqueles obtidos da EFD ICMS-IPI;

Envio de notificações eletrônicas;

Módulo para gerenciamento das respostas às notificações expedidas.

Pela leitura do item transcrito, percebe-se que as condições de qualificação operacional dos licitantes foram elaboradas com base nas especificações do produto licenciado (*software*) ao invés de se debruçarem sobre o serviço em si (fornecimento de *software*). Tanto que o cotejo dos módulos para os quais foi exigida a certificação de experiência pregressa (Item 7 do Termo de Referência) com os subitens da especificação do objeto (Item 3 do Termo de Referência) revela que a exigência de comprovação de experiência anterior abrangeu, em verdade, a necessidade de se demonstrar que a solução tecnológica ofertada, de fato, preenchia a quase totalidade das funcionalidades mínimas listadas para o *software* licitado, conforme demonstra a tabela de correspondências abaixo:

Tópicos para certificação técnica (Item 7 do Termo de Referência)	Funcionalidades do Sistema (Item 3 do Termo de Referência)
A) Importação de arquivos	3.1 Importação de arquivos

	3.2 Cadastros (contribuintes, usuários e associação de contribuintes aos fiscais/auditores) 3.3 Cadastro de notificações 3.4 Cadastro do formulário de resposta
1) Processamento das DAMEFs carregadas no sistema 2) Geração do RESUMO DE CFOPs, para o ano base de apuração do VAF, a partir da EFD ICMS-IPI 3) Montagem da DAMEF a partir da EFD ICMS-IPI 4) Apuração de divergências entre os valores apresentados na DAMEF versus aqueles obtidos da EFD ICMS-IPI	3.5 Funcionalidades mínimas quanto ao processamento da EFD ICMS-IPI
5) Envio de notificações eletrônicas	3.6 Envio de notificações eletrônicas
6) Módulo para gerenciamento das respostas às notificações expedidas	3.7 Gestão de respostas
	3.8 Emissão de relatório

Em outras palavras, o que se verifica pela leitura dos autos é que o Edital do Pregão Presencial nº 029/2020, ao disciplinar os requisitos de qualificação técnica, direcionou erroneamente sua atenção para a apuração da exata correspondência entre as características do produto ofertado em razão do serviço licitado e as especificações desse mesmo produto constantes do Termo de Referência. De modo que os licitantes se viram às voltas com o ônus de demonstrar que a solução tecnológica ofertada atenderia, de maneira fiel, às especificações mínimas do Edital, quando, em verdade, por se tratar de licitação para aquisição de serviço, o correto seria que as exigências de qualificação técnica recaíssem sobre a efetiva capacidade operacional dos licitantes de executar serviço semelhante (fornecimento de *software*).

Consultando-se a legislação, verifica-se que o art. 30, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, aplicável aos pregões por força do art. 9º da Lei Federal nº 10.520/02, admite que a qualificação técnica do licitante seja comprovada mediante a demonstração de desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto do certame, aceitando-se, inclusive, certidões relativas a obras e serviços similares. Nada dispõe, portanto, sobre a necessidade de comprovação da prévia execução de serviços inteiramente idênticos aos licitados:

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 com o 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;

(...)

§ 3o Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

Na mesma linha, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e deste Tribunal têm assinalado que a exigência de certificação técnica quanto à execução prévia de serviços idênticos aos licitados só seria admitida excepcionalmente, já que restringe, de forma clara, a competitividade:

A exigência de experiência anterior na execução de objeto idêntico ao licitado só é possível se houver justificativa razoável e se não ofender o princípio da competitividade, nem prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa. (TCEMG, Denúncia 812442, Rel. Cons. Sebastião Helvécio, Segunda Câmara, 27/09/2011)

A Administração não pode limitar a participação no certame, sob a exigência de aptidão de desempenho, com quantitativos idênticos ao do objeto licitado, uma vez que, segundo a Lei n. 8.666/93, as exigências contidas nos atestados de capacidade técnica devem se restringir às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. (TCEMG, Denúncia 1024670, Rel. Cons. Gilberto Diniz, Segunda Câmara, 27/11/2017)

A Lei de Licitações, no art. 30, II elenca a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da contratação no rol de documentos de habilitação para qualificação técnica. In casu, a comprovação na realização de concurso anterior basta para demonstrar a compatibilização do objeto, na quantidade ali definida. (TCEMG, Denúncia 969183, Rel. Cons. Wanderley Ávila, Segunda Câmara, 10/05/2016)

Também não há como aceitar as exigências de limitação da aceitação de atestados de capacidade técnica fornecidos apenas por pessoa jurídica de direito público, em afronta ao art. 30, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/1993, bem como que esses fossem relacionadas à execução de objeto idêntico ao licitado para fins de capacidade técnica (subitem 6.1.a). Tal requisito atenta contra o disposto no § 1º, inciso I, do referido dispositivo legal. (TCU, Acórdão 505/2021, Rel. Min. Marcos Bemquerer, Plenário, 10/03/2021)

Nas licitações para contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, os atestados de capacidade técnica devem comprovar a aptidão da licitante na gestão de mão de obra, e não na execução de serviços idênticos aos do objeto licitado, sendo imprescindível motivar tecnicamente as situações excepcionais. (TCU, Acórdão 449/2017, Rel. Min. José Múcio Monteiro, Plenário, 15/03/2017)

Não obstante, por ocasião da análise dos atestados de qualificação técnica, a pregoeira só aceitou, como já frisado, serviços idênticos aos licitados, ou seja, só foram aceitos atestados que demonstrassem a execução de serviços anteriores de secretariado, ao invés de verificar a capacidade de gestão de mão de obra das licitantes, conforme jurisprudência deste Tribunal, não tendo sido apresentado nenhum argumento a justificar, no caso concreto, excepcionar o entendimento esposado por esta Corte de Contas. (TCU, Acórdão 553/2016, Rel. Min. Vital do Rêgo, Plenário, 09/03/2016)

Ora, se o objeto da licitação é o fornecimento de *software* para monitoramento e apuração do valor adicionado fiscal do Município de Coronel Fabriciano, há que se considerar satisfeito o requisito da

habilitação técnica se o licitante interessado conseguir demonstrar o cumprimento anterior de contratações semelhantes, ainda que não idênticas em sua totalidade ao objeto do certame, por força das quais forneceu para outros contratantes produtos similares, destinados ao mesmo fim pretendido.

Afinal, sendo certo que a exigência de qualificação técnica se destina tão somente a assegurar que o contratado disporá de condições práticas para a execução do contrato, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, não se poderia admitir que, por meio dela, fossem feitas exigências excessivas, que destoassem da própria complexidade do objeto, sobretudo quando se está diante de uma licitação em formato de pregão, voltada, portanto, para a aquisição de serviços de natureza comum.

Sendo assim, repita-se, bastaria que se tivesse exigido a comprovação da experiência pregressa dos licitantes na execução de fornecimentos assemelhados, posto que a verificação do atendimento fidedigno às especificações do produto final (*software*) representa, em verdade, diligência a ser adotada posteriormente à fase de habilitação, em etapa específica destinada a avaliar se as características do produto ofertado, de fato, coincidem com as especificações do edital.

Não obstante, o que se verificou, no presente caso, foi que o edital do certame impôs aos licitantes a comprovação de sua capacidade técnico-operacional com foco exclusivamente nas funcionalidades do software, conforme a previsão das cláusulas 10.1.4.1 e 10.1.4.2, fato esse que levou à inabilitação dos dois primeiros colocados (p. 99 do Anexo 02 da peça 20), a despeito de os atestados por eles apresentados, Tributare Eficiência Fiscal Ltda. e Eleva Brasil Consultoria e Assessoria Ltda. – EPP, respectivamente acostados às p. 63 e 78 do Anexo 02 da peça 20, terem indicado a prévia expertise dessas empresas na execução de serviços assemelhados.

Note-se, inclusive, que as exigências de qualificação técnica foram objeto 02 (duas) de impugnações distintas (p. 89-97 e 211-253 do Anexo 01 da peça 20), interpostas logo após a publicação do Edital e, mesmo assim, não houve a retificação pelo Município das cláusulas impugnadas, conforme se extrai da leitura dos documentos acostados às p. 89-112 e 211-277 do Anexo 01 da peça 20 do SGAP. 112

Por todo o exposto, consideram-se irregulares as cláusulas 10.1.4.1 e 10.4.1.2 do Edital do Pregão Presencial n. 029.2020, dado que o adequado, sob o ponto de vista legal e jurisprudencial, seria que tivessem restringido suas exigências à comprovação do desempenho prévio de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazo com o objeto da licitação, nos termos do art. 30, II, da Lei Federal nº 8.666/93, reputando, portanto, suficiente que os licitantes apresentassem atestados que contemplassem experiências pregressas em fornecimentos semelhantes, ainda que de produtos não estritamente idênticos, desde que destinados, por óbvio, ao mesmo fim, no caso, ao subsídio das atividades de apuração do VAF.

Pela irregularidade apontada, consideram-se responsáveis i) o Secretário de Governança Financeira e Orçamento, Sr. Wander Marcondes Moreira Ulhoa (na qualidade de autor e subscritor do Termo de Referência de que se originaram as condições de qualificação técnica do certame – p. 02-14 do Anexo 01 da peça 20), ii) a Pregoeira, Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá (por ter subscrito o Edital, mantendo as condições de habilitação técnica mesmo após o julgamento das impugnações, e por ter inabilitado as empresas Tributare e Eleva – p. 48, 112 e 277 do Anexo 01 da peça 20 e p. 99 do Anexo 02 da peça 20), e iii) o Prefeito Municipal, Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro (por ter homologado o certame – p. 112 e 116/119 do Anexo 02 da peça 20), já que a atuação desses agentes se deu em estrita desconformidade com o disposto no art. 30, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93 c.c. arts. 4º, XIII, e 9º, da Lei Federal nº 10.520/02 e à jurisprudência deste Tribunal, a configurar erro grosseiro,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 2ª CFM - 2ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

2.4.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital do Pregão Presencial nº 029/2020.

2.4.6 Critérios:

- Lei União nº 8666, de 1993, Artigo 30, Inciso II, Caput;
- Lei União nº 10520, de 2002, Artigo 4º, Inciso XIII, Artigo 9º.

2.4.7 Conclusão: pela procedência

2.4.8 Dano ao erário: Com base nas informações disponíveis para análise, não foi apurado dano ao erário.

2.4.9 Responsáveis :

- **Nome completo:** PATRICIA CRISTINA FERREIRA SA
- **CPF:** 08843334697
- **Qualificação:** Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano à época dos fatos
- **Conduta:** Subscriver edital contendo exigência de qualificação técnica restritiva à competitividade.
- **Nome completo:** MARCOS VINICIUS DA SILVA BIZARRO
- **CPF:** 68726244004
- **Qualificação:** Prefeito Municipal
- **Conduta:** Homologar procedimento licitatório cujo edital que continha exigência de qualificação técnica restritiva à competitividade.
- **Nome completo:** WANDER MARCONDES MOREIRA ULHOA
- **CPF:** 92190537649
- **Qualificação:** Secretário de Governança Financeira e Orçamento do Município de Coronel Fabriciano à época dos fatos
- **Conduta:** Subscriver e estabelecer em termo de referência condições de qualificação técnica restritivas à competitividade.

2.4.10 Medidas Aplicáveis:

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).

2.5 Apontamento:

Da ausência de clareza das disposições do Edital

2.5.1 Alegações do denunciante:

Nos termos da denúncia, a falta de clareza de algumas das cláusulas do Anexo I do Edital do Pregão Presencial nº 029/2020 traria prejuízos aos licitantes, na medida em que lhes privaria o conhecimento prévio acerca das efetivas condições da concorrência, as quais permaneceriam indeterminadas.

Nesse sentido, o denunciante aponta que os itens 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.8 fizeram menção a “serviços de implantação” sem, contudo, descrevê-los ou, ainda, fornecer critérios objetivos para sua execução. Tal impropriedade na especificação do objeto afetaria diretamente a formulação das propostas comerciais,

já que obstaría aos licitantes conhecer, de antemão, a real abrangência dos serviços licitados, prejudicando, por conseguinte, o levantamento dos custos necessários à sua execução (p. 37-38 da peça 2).

Na mesma linha, afirma que o item 9.1 do Anexo I do Edital não traria a necessária especificação dos arquivos de importação do sistema mencionados pelo item 11.2.1.2, o que impediria que os licitantes pudessem avaliar a adequação de seu software ao fiel atendimento da demanda do Município de Coronel Fabriciano (p. 38-39 da peça 2).

Cita, por fim, os itens 8.3 e 8.4 do Anexo I do Edital, que fazem remissão ao item 3.6 do mesmo documento, que, contudo, sequer existiria (p. 39-40 da peça 2).

2.5.2 Documentos/Informações apresentados:

- Cópia do Edital e Anexos do Pregão Presencial nº 029/2020 (peça 5);
- Manifestação preliminar da Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá (arquivo “Patrícia – auto 1092674” da peça 20);
- Manifestação preliminar do Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro (arquivo “Prefeito – auto 1092674” da peça 20);
- Cópia do Pregão Presencial nº 029/2020 (Anexos 01 e 02 da peça 20).

2.5.3 Período da ocorrência: 08/07/2020 em diante

2.5.4 Análise do apontamento:

De início, convém registrar que, em relação ao Item 11.2.1.2 do Anexo I do Edital (p. 58 do Anexo 01 da peça 20), não houve, segundo se entende, a inconsistência alegada pelo denunciante, já que os arquivos de importação foram definidos pelo item 8.1 do mesmo anexo (p. 52-53 do Anexo 01 da peça 20) e, pelo teor da cláusula impugnada, a obrigação de ofertá-los seria do próprio Município, não onerando, portanto, os licitantes. Além disso, as especificações do software foram objeto de extenso detalhamento ao longo do Item 8 do Anexo I do Edital (Termo de Referência), de modo que a avaliação, pelos licitantes, da efetiva capacidade de seu produto atender ou não à demanda do Município de Coronel Fabriciano haveria de ser feita com base nas estipulações ali constantes.

Do mesmo modo, entende-se que a alegada impropriedade nos Itens 8.3 e 8.4 do Anexo I do Edital (p. 52-53 do Anexo 01 da peça 20) resulta, em verdade, de mero erro de referência. Compulsando-se os autos, verifica-se que o texto do Anexo I do Edital é uma reprodução adaptada do teor do Termo de Referência que inaugurou o procedimento de contratação, acostado às p. 02-14 do Anexo 01 da peça 20. Neste documento, os itens 3.3 e 3.4 (p.04-05 do Anexo 01 da peça 20), cujo teor equivale ao dos Itens 8.3 e 8.4, fazem remissão, de maneira correta, ao Item 3.6 do mesmo documento, que cuida do “envio de notificações eletrônicas” (p. 5 do Anexo 01 da peça 20). Ocorre que, ao se transpor o conteúdo do Termo de Referência originário para o corpo do Anexo I do Edital, o Item 3.6 virou o Item 8.6 (p. 54 do Anexo 01 da peça 20), mas a referência feita pelos Itens 8.3 e 8.4, que substituíram, como visto, os Itens 3.3 e 3.4, não foi devidamente retificada.

Ainda que, nos casos acima, não se tenha vislumbrado irregularidade relevante, passível de apenação, não se pode desconsiderar que os gestores do Município de Coronel Fabriciano não apenas agiram com descuido na confecção do Edital do Pregão Presencial nº 029/2020 e de seus anexos, como

também negligenciaram o esclarecimento satisfatório das dúvidas suscitadas por um dos licitantes justamente quanto a esse ponto, já que em face das 02 (duas) impugnações apresentadas (p. 116-165 e 211-253 do Anexo 01 da peça 20), a Pregoeira limitou-se a dizer que, ante a ausência de óbices, “permanecem inalteradas as demais cláusulas do edital” (p. 199-205 e 277 do Anexo 01 da peça 20). De modo que se entende cabível a emissão de recomendação para que, nos certames futuros, os gestores do Município de Coronel Fabriciano zelem pela clareza e coesão das disposições editalícias e empenhem-se com maior afinho à resolução e ao esclarecimento das questões suscitadas pelos licitantes no âmbito de eventuais impugnações administrativas.

Por outro lado, relativamente à inconsistência apontada nos Itens 6.2.1, 6.2.2 e 6.2.2.1 do Anexo I do Edital (p. 50 do Anexo 01 da peça 20), considera-se procedente a alegação do denunciante. Ainda que a etapa de implantação do software constitua pressuposto operacional do serviço licitado, entende-se que, por força do disposto nos arts. 6º, inciso IX, e 7º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93 c.c. art. 3º, incisos I e II, da Lei Federal nº 10.520/05, competia à Administração do Município de Coronel Fabriciano detalhar, com maior apuro, a extensão do trabalho esperado do licitante vencedor, de modo a permitir-lhe dimensionar os custos relativos à execução do objeto e, por conseguinte, balizar sua proposta de preço. Até mesmo porque, aqui, como nos casos anteriores, a falha em questão foi levada ao conhecimento da Pregoeira por meio de 02 (duas) impugnações ao Edital (p. 116-165 e 211-253 do Anexo 01 da peça 20), sem que, no entanto, tenham sido adotadas medidas para retificá-la (p. 199-205 e 277 do Anexo 01 da peça 20).

Por essa irregularidade, consideram-se responsáveis i) o Secretário de Governança Financeira e Orçamento, Sr. Wander Marcondes Moreira Ulhoa (na qualidade de autor e subscritor do Termo de Referência de que se originaram as especificações do serviço e os encargos do contrato – p. 02-14 do Anexo 01 da peça 20), ii) a Pregoeira, Sra. Patrícia Cristina Ferreira Sá (por ter subscrito o Edital e mantido a redação das cláusulas impugnadas mesmo após o julgamento das impugnações – p. 48, 199-205 e 277 do Anexo 01 da peça 20), e iii) o Prefeito Municipal, Sr. Marcos Vinícius da Silva Bizarro (por ter homologado o certame – p. 112 e 116/119 do Anexo 02 da peça 20), em face da violação ao disposto nos arts. 6º, inciso IX, e 7º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93 c.c. art. 3º, incisos I e II, da Lei Federal nº 10.520/05, em evidente erro grosseiro, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

2.5.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital do Pregão Presencial nº 029/2020.

2.5.6 Critérios:

- Lei União nº 8666, de 1992, Artigo 6º, Inciso IX, Artigo 7º, Inciso I;
- Lei União nº 10520, de 2005, Artigo 3º, Inciso I e II.

2.5.7 Conclusão: pela procedência parcial

2.5.8 Responsáveis :

- **Nome completo:** MARCOS VINICIUS DA SILVA BIZARRO
- **CPF:** 68726244004
- **Qualificação:** Prefeito Municipal
- **Conduta:** Homologar certame cujo edital continha especificações imprecisas em relação ao objeto/encargos do contratado.
- **Nome completo:** WANDER MARCONDES MOREIRA ULHOA

- **CPF:** 92190537649
- **Qualificação:** Secretário de Governança Financeira e Orçamento do Município de Coronel Fabriciano à época dos fatos
- **Conduta:** Subscrever termo de referência contendo especificações imprecisas em relação ao objeto/encargos do contratado.
- **Nome completo:** PATRICIA CRISTINA FERREIRA SA
- **CPF:** 08843334697
- **Qualificação:** Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano à época dos fatos
- **Conduta:** Subscrever edital com especificações imprecisas em relação ao objeto/encargos do contratado.

2.5.9 Medidas Aplicáveis:

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).
- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Sugere-se a expedição de recomendação aos gestores do Município de Coronel Fabriciano para que, nos certames futuros, zelem pela clareza e coesão das disposições editalícias e empenhem-se com maior afinco na resolução e esclarecimento das questões suscitadas pelos licitantes no âmbito de eventuais impugnações administrativas.

Responsável(is) pela adoção da medida: Prefeito Municipal e Pregoeiro

3 - CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

- ✓ Pela procedência da denúncia no que se refere aos seguintes fatos:
 - Da exigência irregular de apresentação de certidão negativa de concordata
 - Da ausência de especificação da parcela de maior relevância
- ✓ Pela procedência parcial da denúncia no que se refere aos seguintes fatos:
 - Da ausência de clareza das disposições do Edital
- ✓ Pela improcedência da denúncia, no que se refere aos seguintes fatos:
 - Da ausência de fundamentação para a vedação de participação de empresas em consórcio
 - Da aglutinação irregular de serviços autônomos

4 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: 2ª CFM - 2ª COORD. DE FISCALIZAÇÃO DOS
MUNICÍPIOS



- a citação dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados (caput do art. 307 do Regimento Interno do TCEMG)

Belo Horizonte, 22 de junho de 2021

Fernando Geraldo Leão Simões

Analista de Controle Externo

Matrícula 32422