



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

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

Autos nº : 1092674

Natureza: Denúncia

PATRÍCIA CRISTINA FERREIRA SÁ, brasileira, solteira, pregoeira, portadora do CPF nº 088.433.346-97 e do RG nº MG-9.221.519 SSP/MG, residente e domiciliado na Alexandrita, nº 104, bairro Hematita, Antônio Dias/MG, CEP 35.177-000, vem, à presença de Vossa Excelência, em tempo e modo, apresentar sua **DEFESA** em relação aos apontamentos contidos na denúncia, conforme razões a seguir expostas:

Com a devida **vênia**, a denúncia apresentada pela **Eicon Controle Inteligente de Negócios Ltda** é totalmente descabida e não merece prosperar, senão vejamos:

Quanto ao que tange a alegação da irregular ausência de fundamentação técnica e jurídica para vedação da participação de consórcios no certame, uma vez que inexiste qualquer irregularidade na referida vedação, pois tal decisão está inserida no poder discricionário da Administração Pública, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

Sobre o tema, assim se posiciona a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

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

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

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

Como toda a decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos. Assim, os órgãos de controle não deverão adentrar no mérito administrativo das decisões discricionárias, sob pena de infringirem o princípio constitucional da separação entre os poderes.

No tocante a alegação de suposta ilegalidade na vedação de participação de empresas em recuperação judicial, na verdade, a empresa denunciante distorce a realidade fática, pois não existiu a vedação da participação de empresas que se encontravam nesta condição na época do certame, uma vez que esta gestão entende que já se encontra pacificada a possibilidade de participação de



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

licitação empresas em recuperação judicial. **Porém, o que se previu no edital** foi à exigência de demonstração da qualificação econômica e financeira, até mesmo porque, em momento sensível da economia brasileira, que foi abalada pela pandemia da COVID-19, necessário se faz a Administração Pública se cercar de bons fornecedores para evitar descontinuidade do serviço público.

Neste sentido, destaco que o TCU tem entendido como razoável exigir demonstração de capacidade econômica e financeira das empresas em recuperação judicial e que não vedação legal para tanto:

“/.../ 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).

Não é diferente o posicionamento do STJ sobre o tema:

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

Dessa forma, a meu ver, a exigência da empresa em apresentar certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica, na leitura literal da cláusula 10.1.3 alínea “a”, não implica restrição à competitividade do certame, pois não foi vedada a participação de empresas em recuperação judicial como alegado pela denunciante e, sim, apenas critérios de





PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

demonstração de capacidade econômica de eventuais empresas nestas condições, principalmente que o plano de recuperação foi homologado pelo Juiz competente, sendo esta exigência primordial para satisfação do interesse público e cumprimento do objeto licitado.

Vale registrar que a AGU tem posicionamento idêntico quanto ao tema, conforme Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU:

EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO Juízo PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO I. A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente receba o pagamento da Administração após procedimento de execução de despesa orçamentária, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento, o que demonstra a importância da fase de habilitação econômico-financeira nas licitações públicas. 11. O instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira, em prestígio ao princípio da função social da empresa. 111. Não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRJ), a requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira, que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58, NLRJ). IV. Apenas na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a



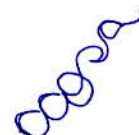
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

recuperação judicial em sentido material, quando os atos tendentes a superar a situação de crise serão efetivamente praticados. V. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas. VI. Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório. VII. A exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição à certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante. VIII. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira. IX. Na recuperação extrajudicial, uma vez homologado o plano, haverá plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo.

Ademais, se não bastasse isso tudo, caso esta Câmara entenda de maneira diversa, o que se admite somente em atenção ao princípio da eventualidade, a exigência de demonstração de capacidade econômica das empresas em recuperação judicial não trouxe qualquer repercussões práticas no caso em tela, uma vez que nenhuma empresa foi inabilitada por este aspecto.

Já em relação à alegação da denunciante de aglutinação indevida de licenciamento e uso de software e datacenter, pela simples leitura das cláusulas edilícias, saltam aos olhos que o objetivo das exigências visa garantir a plenitude do objeto licitado.

Ademais, como já dito anteriormente, a aglutinação dos serviços se justifica com o objetivo de garantir a plenitude do objeto licitado, uma vez que a operacionalização integrada desses serviços se justifica para alcançar o fim pretendido (o objeto licitado).





PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

Por outro lado, quanto à denúncia de eventual ausência de indicação da parcela de maior relevância, a mesma também não merece prosperar, "d. m. v.", uma vez que o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União o quantitativo mínimo dos atestados de capacidade técnica não poderá superar o limite de 50% (usualmente adotado), dispondo o Acórdão 3663/2016 - Primeira Câmara (Relator: AUGUSTO SHERMAN) - que *"é irregular a exigência de atestado capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, exceto nos casos em que a especificidade do objeto recomende e não haja comprometimento à competitividade do certame, circunstância que deve ser devidamente justificada no processo licitatório"*.

Quanto à qualificação técnico-operacional das licitantes, ressalta-se que a súmula nº 263/2011 do TCU prevê que *"para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado"*.

Assim, a exigência de atestado de capacidade técnica é legal e é implicada a cada licitante, conforme previsão editalíssimas, que também encontra amparo no ordenamento jurídico aplicável.

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

Handwritten signature in blue ink.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

Sublinha-se, ainda, que o objeto do edital é descrito de forma clara e precisa, onde se busca realizar a aquisição que atenda os anseios da Administração Pública, satisfazendo assim o fim ao qual será destinado.

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

"A Lei nº 8.666/93 define uma série de critérios que permitem à comissão de licitação avaliar se o licitante possui condições de executar o objeto, sob o aspecto técnico. Para simplificar essas exigências, parece razoável limitá-las à comprovação de que o licitante já executou serviço ou fornecimento similar antes e, se for o caso, registro na entidade profissional competente. O primeiro se faz por meio de atestados que comprovam a capacidade técnica. Ocorrem, porém, alguns tipos de problemas que desautorizam a validade desse instrumento de aferição de capacidade: a) a Lei de Licitações obriga a Administração Pública aceitar atestados emitidos por entidades públicas ou particulares, não sendo raro notícias de emissão de atestados ideologicamente falsos ou mesmo graciosos. Para evitar tais ilicitudes, tem sido comum que os editais estabeleçam a obrigatoriedade de os atestados virem acompanhados dos comprovantes fiscais da execução do objeto. É verdade que essa exigência vai além do estrito texto legal e que, portanto, seria questionável sua validade, mas a rigor é pertinente. Se o licitante prestou serviço a outra empresa privada e não recolheu os tributos pertinentes, não está de acordo com a lei apta a gerenciar e executar serviços com o pagamento de todos os impostos. Pode residir exatamente na sonegação a viabilidade econômica de empreendimento que, quando submetido ao rigor do recolhimento tributário, torne-se inexecutável. É válido, portanto, exigir que os atestados se façam acompanhar de prova fiscal da execução; b) os atestados comprovam a execução do serviço ou fornecimento? É forçoso reconhecer que o interesse do legislador em garantir a isonomia muitas vezes enseja a deformação dos instrumentos, obrigando a Administração Pública a contratar licitante que executou serviços de péssima qualidade, apenas porque, por letargia de alguns servidores,

Handwritten signature in blue ink.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

não foram punidos com a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração. É nesse contexto que encontramos relevante precedente na jurisprudência do Tribunal de Contas da União que admitiu a regularidade da exigência de atestado que indicasse o juízo de mérito sobre a execução. O leading case mostra-se importante na condução de processos licitatórios, na medida em que obriga a firmação de juízo de mérito dos agentes públicos; como mérito é impenetrável ao exame da legalidade afeto ao Poder Judiciário. Isto significa que, ao exigir o atestado de boa e regular execução de objeto idêntico ou assemelhado, a Administração estará restringindo a participação dos licitantes, validamente, segundo assentou o Tribunal de Contas da União, em prol da aferição técnica de melhor qualidade. É válido, assim, exigir atestado de execução bem sucedida de objeto similar. c) outra questão diz respeito à possibilidade de exigir atestado, demonstrando a execução de uma certa quantidade de objeto. Visa-se sobretudo aferir a chamada capacidade operativa, pois nem sempre quem realiza uma unidade de um serviço é capaz de realizar o objeto requerido em uma licitação. Assim, uma empresa que já prestou serviço de um vigilante não está apta a executar um serviço com 300 vigilantes. Sobre esse último aspecto, vale a pena transcrever lição do Tribunal de Contas da União, examinando uma representação contra determinado edital de pregão: 8. De fato, na alínea c do item 5.3.1 do edital (fl. 16), constam quantidades mínimas das contratações a serem certificadas nos atestados: 50% do valor estimado para cópias em preto e branco; 30% idem para editoração eletrônica e também 30% para a produção de serviços gráficos. Assim, resta saber se a natureza dos elementos a serem quantificados se inclui na referência do inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei 8.666/93. 9. O art. 30 da Lei 8.666/93 e seu inciso II diz, entre outras coisas, que a exigência para a qualificação técnica deve ser compatível em quantidades. Portanto, é possível se exigir quantidades, desde que compatíveis. Por compatível, se entende er assemelhada, não precisa ser idêntica. A semelhança depende da natureza técnica da contratação, pois, para certas coisas, quem faz uma, faz duas. Para outras coisas, a capacidade para fazer uma não garante capacidade para fazer duas. Em abstrato, é lógico que a exigência de quantidade não pode superar a estimada na contratação, sendo aí evidente o abuso. 10. No entanto, o órgão exigiu níveis de 30%

Handwritten signature in blue ink.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

e 50% que, pelo senso comum, são quantidades compatíveis e até bem abaixo das estimadas para a contratação pretendida. Nesse particular, o autor deveria provar, ou pelo menos argumentar logicamente, pela natureza da contratação, que essa exigência é demasiada, ou seja, quem já fez menos de 30% e 50%, estaria apto a fazer os 100% estimados para a contratação. Isso não é feito e nem mencionado, apenas se insiste que não deveria haver quantidade mínima, pretendendo guarida no inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei de licitações. 11. Ora, a interpretação do autor conduz ao absurdo, pois, porque a Lei prescreveria uma quantidade compatível, no inciso II do art. 30 para, depois, vedar a exigência de toda e qualquer quantidade no inciso I do parágrafo primeiro do mesmo artigo. Só resta admitir que há diferenciação de natureza das coisas que se permite ou não quantificar minimamente. 12. Da leitura atenta dos dispositivos, percebe-se essa diferença de natureza. No inciso II se refere à atividade, isto é, atributos gerais do produto a ser fornecido ou do serviço a ser prestado. Já o § 1º distingue duas naturezas: uma técnico-profissional - inciso I - trata da exigência de existir profissional de nível superior no quadro da licitante, vedando, neste caso, a exigência de quantidade mínima de profissionais ou prazo mínimo de experiência. A outra natureza, seria a técnico-operacional, cujo delineamento seria tratado no inciso II, que foi vetado. 13. Considerando a jurisprudência do TCU, esse entendimento do inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei 8.666/93 foi adotado no parágrafo 18 da proposta de decisão condutora do Acórdão 124/2002 - Plenário: Significa dizer, pois, que a vedação de exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos na comprovação da capacitação técnico-profissional cinge-se aos contornos da experiência do profissional. 14. Do exposto, considerando que o autor não alegou nem comprovou a dessemelhança das quantidades mínimas a serem exigidas nos atestados com as quantidades estimadas para a contratação e que o entendimento por ele desposado, considerada a natureza do elemento quantificado, não encontra guarida no inciso I do parágrafo primeiro do art. 30 da Lei 8.666/93, não é procedente a representação. (Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-012.001/2002-7. Decisão nº 1288/2002 - Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. DOU de 04.10.2002.)



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

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

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

Não obstante, no afã de imputar alguma irregularidade ao certame, a denunciante ainda aponta supostas irregularidades técnicas, porém trata-se de imputações genéricas e sem capacidade de macular a lisura do procedimento licitatório.

Registra-se que o Termo de Referência foi elaborado pela equipe técnica da Autoridade Requisitante, contendo todos os requisitos necessários para o objeto pretendido no procedimento licitatório, sendo este termo faz parte integrante do edital, conforme previsto no item 21 deste.

Ademais, as eventuais incorreções no edital apontadas pela denunciante, o que se admite somente por argumentar, não se revelaram capazes de influenciar na

Handwritten signature in blue ink.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

elaboração das propostas dos licitantes, a ponto de ser consideradas relevantes para o certame.

Por fim, destaca-se que o artigo 28 da LINDB (Lei nº 13.655/18) estabelece que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões e opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Ora, Nobre Conselheiro, no caso em tela, embora exista divergências jurídicas entre a denunciante e a Administração Pública Municipal de Coronel Fabriciano, com a "d. m. v.", não restou demonstrado qualquer dolo por parte de algum agente público, nem tampouco erro grosseiro.

Quanto ao dolo ou erro grosseiro, este e. TCE/MG já se posicionou sobre o tema: *".../ O disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lindb visa reservar a atuação punitiva sobre o agente público aos casos de condutas praticadas com dolo ou erro grosseiro, isto é, com maior grau de reprovabilidade, sendo a ação orientadora deste Tribunal mais adequada em situações em que as irregularidades não são suficientemente graves para motivar a aplicação de sanções ao responsável,.../"* (CONS. SUBST. ADONIAS MONTEIRO, Disponibilizada no DOC do dia 26/08/2021)

Também neste sentido tem se posicionado o STF, que não é qualquer inconsistência que pode ser considerada erro grosseiro ou dolo do agente público, devendo existir prova cabal e irrefutável:

EMENTA: AGRAVO DE REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO DE PARECERISTA JURÍDICO AO PAGAMENTO DE MULTA. DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO. INVOLABILIDADE DE ATOS E MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA DO ADVOGADO. ERRO GROSSEIRO OU INESCUSÁVEL NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (STF



PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FABRICIANO

- Segunda Turma - MS 36.385 AgR - Ministra Relatora Carmen Lúcia -
Julgamento 17/02/2021 - Publicação 19/02/2021)

Por isso e tudo mais que consta, pugna pela improcedência da denúncia apresentada pela empresa **Elcon Controle Inteligente de Negócios Ltda**, sem aplicação de penalidade a qualquer agente público, com o consequente arquivamento do feito.

Coronel Fabriciano/MG, 13 de setembro de 2021.


Patrícia Cristina Ferreira Sá

Pregoeira do Município de Coronel Fabriciano/MG