

Análise de Defesa

Processo nº: 1144655

Natureza: Análise de Defesa

Relator: Conselheiro Wanderley Ávila

Data de Autuação: 14/04/2023

1. Introdução

Trata-se de Denúncia formulada por Glória Maria Brum de Rezende, com pedido liminar, em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório nº. 016/2023 – Pregão Presencial nº. 008/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Caeté, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para oferta de plataforma de gestão educacional, com licença de uso de *software* e atualizações que garantam as alterações legais, corretivas e evolutivas, incluindo serviços de implantação, treinamento, suporte e atendimento técnico de todos os módulos e assistência humana especializada para resolução de todos os temas tratados através da plataforma, para atender as necessidades de gestão da Rede Municipal de Educação de Caeté. (Peça nº. 02, SGAP)

A Denunciante, em síntese, apontou a existência das seguintes irregularidades:

1. Exigência de firma reconhecida na procuração;
2. Licitação em lote único;
3. Especificações excessivas.

O Conselheiro Relator Wanderley Ávila, visando a instrução preliminar do processo, determinou a intimação da senhora Gisele Moreira dos Santos, Pregoeira do Município de Caeté, para que encaminhasse a esta Corte de Contas o inteiro teor das fases interna e externa do Pregão Presencial nº. 008/2023, Processo Administrativo nº. 016/2023, bem como justificativas em face dos apontamentos da presente Denúncia (Peça nº. 06, SGAP).

O Município de Caeté, na pessoa da Pregoeira Municipal, Sra. Gisele Moreira dos Santos, em cumprimento ao r. despacho proferido pelo Relator, encaminhou os documentos requisitados e prestou as informações devidas (Peça nº. 21, SGAP).

Analisadas a documentação e as informações prestadas pelos responsáveis, o Relator decidiu monocraticamente pelo indeferimento do pedido para a concessão de medida cautelar formulado pela Denunciante na peça 01 do SGAP. Na sequência, determinou o

encaminhamento dos autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, para análise da Denúncia e formulação de eventuais apontamentos complementares. Ato contínuo, determinou que os autos fossem remetidos ao Ministério Público de Contas – MPC, para manifestação preliminar, nos termos do art. 61, §3º, do RITCMG e, após, fossem-lhes conclusos (Peça nº. 23, SGAP).

Mediante relatório de análise inicial (peça nº. 28, SGAP), esta Unidade Técnica manifestou pela improcedência da Denúncia.

Em sede de manifestação preliminar, o MPC, no que tange às irregularidades apresentadas na Denúncia corroborou o entendimento técnico, concluindo pela improcedência, porém, fez 3 (três) **apontamentos** complementares, quais sejam:

- **Da ausência de fundamentação dos aspectos discricionários atinentes à escolha pela locação de *software*** – Neste item, o MPC entendeu, com fundamento no “Manual de Boas Práticas em Licitação - Contratação de Sistemas de Gestão Pública”¹, que a opção pela locação de *software* deveria ter sido precedida de estudos técnicos que comprovassem ser a escolha da administração a mais adequada à satisfação de sua necessidade, levando-se em consideração (a) a vantajosidade de se utilizar *software* gratuitos existentes; (b) a viabilidade de filiar-se às redes de compartilhamento de soluções criadas pelo Governo Federal e Governo Estadual; (c) a viabilidade de celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do *software* e (d) vantajosidade de se adquirir a licença permanente do *software*.

- **Da pesquisa de preços de mercado** – Quanto a esse apontamento, o MPC verificou que Administração Pública adotou o método mais conservador para a pesquisa de preços de mercado, valendo-se de três cotações colhidas na fase interna, estando em desacordo com o atual entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a pesquisa de preços deve ser mais ampla, a fim de conferir maior fidedignidade aos valores apurados e, por consequência, oferecer à Administração parâmetros mais próximos da realidade do mercado.

- **Da exigência de certidão negativa de falência e de recuperação judicial** – Relativamente a essa exigência, o MPC entendeu que ela era indevida tendo em vista que a legislação regente da matéria não fala em certidão negativa de recuperação judicial, portanto não poderia ser

¹ Disponível em https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2015/Manual%20Final_Editado_26%2001%2015%20pdf.pdf. Acesso em 11/07/2023.

exigida e que este instituto visa à preservação da atividade empresarial, bastando a demonstração de que a empresa em recuperação judicial tenha o plano de recuperação aprovado em assembleia de credores.

O *parquet* também opinou pela citação da Sr. Kleyton Cristiano da Silva, Secretário Municipal de Educação do Município de Caeté, bem como da Sr. Gisele Moreira dos Santos, Pregoeira e Subscritora do Edital. Requereu a manifestação conclusiva da Unidade Técnica e o retorno dos autos ao Ministério Público de Contas para parecer conclusivo (Peça nº. 30, SGAP).

Os autos então retornaram ao Conselheiro Relator, que determinou a citação do Senhor Kleyton Cristiano da Silva, Secretário Municipal de Educação do Município de Caeté, e da Senhora Gisele Moreira dos Santos, Pregoeira e Subscritora do Edital, para que apresentem suas defesas acerca dos fatos contidos na Denúncia epígrafada, e em atenção ao parecer ministerial (peça nº 31 do SGAP).

Os Responsáveis manifestaram à peça nº. 36, SGAP, pugnando pela improcedência da Denúncia.

Por fim, os autos retornaram a esta Unidade Técnica para análise das razões de defesa apresentadas.

2. Análise de Defesa

2.1 Apontamento:

Da ausência de fundamentação dos aspectos discricionários atinentes à escolha pela locação de software

2.1.1 Razões de defesa:

Em sua defesa constante da peça nº. 36 do SGAP, os Responsáveis alegaram que, em pesquisa realizada na *internet*, não obtiveram nenhum resultado de *software* de gestão educacional que fosse desenvolvido por órgão governamental. Obtiveram como resultado da pesquisa um programa denominado “i-Educar” de uso livre e on-line, desenvolvido por particulares, porém sem informação acerca de assistência técnica e/ou treinamento de pessoal.

Os Responsáveis também buscaram afastar os argumentos do MPC relativos à necessidade de se comprovar a vantajosidade e a viabilidade da contratação, afirmando que as pesquisas por item do gênero não apresentam respostas que considerem estas questões.

Aduziram, que as contratações de *software* sem assistência técnica ou capacitação de usuários quase sempre resultam em abandono do sistema pelo fato de que os usuários não têm conhecimento operacional, além dos bancos de dados não serem corretamente alimentados. Afirmam que haviam passado por essas experiências.

Quanto a aquisição de *software* por assinatura ao invés da aquisição da titularidade, argumentaram que o primeiro sistema possibilita atualizações sem dispêndio de recursos, ao passo que, no segundo sistema, quando é lançada uma nova versão, a Administração Pública é obrigada a dispendir recursos para aquisição de novas licenças.

Por último, concluem afirmando que há a necessidade de contratação de programa de gestão educacional com assistência técnica e treinamento de pessoal, pois o corpo técnico do Município é insuficiente para este mister.

2.1.2 Análise das razões de defesa:

Conforme entendimento do MPC, fundamentado nas regras do “*Manual de Boas Práticas em Licitação - Contratação de Sistemas de Gestão Pública*”², a opção pela locação de *software* deveria ter sido precedida de estudos técnicos que comprovassem ser a escolha da Administração a mais adequada à satisfação de sua necessidade.

Nesse ponto, após análise da defesa apresentada, esta Unidade Técnica conclui que os responsáveis não demonstraram que teriam feito os estudos técnicos devidos, de tal forma que conduzissem à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Não há um estudo comparativo das alternativas possíveis com a demonstração objetiva dos resultados em relação (a) a vantajosidade de se utilizar *software* gratuitos existentes; (b) a viabilidade de filiar-se às redes de compartilhamento de soluções criadas pelo Governo Federal e Governo Estadual; (c) a viabilidade de celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do *software* e (d) a vantajosidade de se adquirir a licença permanente do *software*.

Em não havendo esses estudos, não se pode concluir, como quer o Município, que a locação de plataforma de gestão educacional, com licença de uso de *software* com atualizações, incluindo serviços de implantação, treinamento, suporte e atendimento técnico de todos os módulos e

² Disponível em https://www.tce.mg.gov.br/IMG/2015/Manual%20Final_Editado_26%2001%2015%20pdf.pdf. Acesso em 11/07/2023.

assistência humana especializada para resolução de todos os temas tratados por meio da plataforma, seja a mais adequada para o atendimento da necessidade da Administração.

Não há parâmetros que demonstrem, de forma conclusiva, qual seria a melhor opção. Por um acaso, poderia ser a adotada pelo Município, mas talvez, por exemplo, a celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento do *software* fosse mais adequada.

Assim como foi feito, não há possibilidade de comparação para a tomada de decisão mais acertada.

Consultando o Manual de Boas Práticas em Licitação - Contratação de Sistemas de Gestão Pública³, no item 3.2, pág. 17, onde é tratada a questão da necessidade de motivação da escolha da Administração Pública entre a compra, a locação ou a utilização de *software* gratuito, tem-se:

“Antes de deflagrar procedimento licitatório tendente a obter o sistema de gestão pública, o gestor deve se indagar qual é a opção, dentre as possíveis, que melhor atenda o interesse público. Seja qual for a alternativa escolhida, cabe ao gestor expor em estudo técnico e/ou econômico os motivos da escolha feita, especialmente se a opção, a princípio, revelar-se menos vantajosa ao erário. A elaboração desse estudo decorre do princípio da motivação dos atos administrativos, fundamental para o controle do regular exercício do poder discricionário, especialmente num Estado Democrático de Direito. Sem motivação inexistente transparência e sem transparência não há controle. Por conseguinte, a falta de elementos para se aferir a relação de pertinência entre as razões de fato e de direito com a decisão do administrador público compromete a fiscalização confiada às Cortes de Contas, bem como o exercício do controle social.” (Grifos nossos)

Portanto, neste exame rejeita-se os argumentos da defesa e ratifica-se o entendimento do Ministério Público de Contas, que em sede de manifestação preliminar (peça nº. 30, SGAP), assim se manifestou:

“Destarte, concluímos que o Edital do Pregão Presencial nº 008/2023 não apresentou estudo técnico apto a justificar a necessidade de contratação dos sistemas previstos em confronto com a existência de módulos funcionais, gratuitos e livremente disponíveis para

³ Visualizado na data de 06/03/2024 em [Manual de boas práticas em licitação-2015.pdf \(tce.mg.gov.br\)](#)

download, bem como não foram contempladas as questões quanto à viabilidade de se filiar às redes de compartilhamento de soluções criadas pelo Governo Federal e Governo Estadual, a viabilidade da celebração de consórcio público para a redução do custo fixo de desenvolvimento.”

Conclusão: Pela rejeição das alegações de defesa.

2.2 Apontamento:

Da pesquisa de preços de mercado

2.2.1 Razões de defesa:

Em sua defesa constante da peça nº. 36, SGAP, os Responsáveis argumentaram que tiveram dificuldade de encontrar prestadores de serviço de *software* com assistência técnica e capacitação de usuários e *software* de gestão para *download* que ofereceriam treinamento específico.

Os Responsáveis disseram que se tratava de um caso específico e que por isso a exigência de apresentação de mais de três orçamentos não era pertinente.

2.2.2 Análise das razões de defesa:

O MPC verificou que a Administração Pública adotou o método mais conservador para a pesquisa de preços de mercado, valendo-se de três cotações colhidas na fase interna, estando em desacordo com o atual entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a pesquisa de preços deve ser mais ampla, a fim de conferir maior fidedignidade aos valores apurados e, por consequência, oferecer à Administração parâmetros mais próximos da realidade do mercado.

Quanto a esse ponto, após análise de cópia do processo administrativo licitatório (peça nº. 11, SGAP) verificou-se na documentação da coleta de preços a ele anexada e no Mapa Comparativo de Preços que foram apresentados apenas três orçamentos que foram a base para a definição do preço estimado de contratação, conforme a seguir reproduzido:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAETÉ

PRAÇA JOÃO PINHEIRO, 40, CENTRO, CAETÉ - MG



Mapa Comparativo de Preços

Requisição de Compras nº 13/2023 - Contratação de empresa especializada para prestação de serviços para oferta especializada de plataforma de gestão educacional, com licença de uso de software com atualizações que garantam as alterações legais, corretivas e evolutivas, incluindo serviços de implantação, treinamento, suporte e atendimento técnico de todos os módulos e assistência humana especializada para resolução de todos os temas tratados através da plataforma.

Lote: 1	Item:1-Contratação de empresa especializada para prestação de serviços para oferta especializada de platafo	Quantidade	12,0000
Fornecedor		Valor Unitário	Valor Total
(M) 37.658.395/0001-24 - MINAS MAIS TECNOLOGIA ASSESSORIA LTDA		R\$ 3.500,0000	R\$ 42.000,0000
17.288.204/0001-72 - PLANUS BRASIL CONSULTORIA E ENGENHARIA LTDA		R\$ 4.000,0000	R\$ 48.000,0000
27.133.429/0001-03 - CONEJO ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA		R\$ 5.500,0000	R\$ 66.000,0000
	Preço Médio	R\$ 4.333,3333	R\$ 51.999,9996

Sugestão pelo menor preço	R\$ 42.000,0000
Valor pelos preços médios	R\$ 51.999,9996

Verifica-se que os orçamentos apresentados são em número insuficiente para que se tenha uma exata noção do preço, mormente tendo em vista a discrepância dos mesmos, que apresentam uma variação, entre o maior e o menor, de 36,36%.

Desta maneira, o preço médio encontrado (R\$51.999,99) não reflete com fidedignidade o valor de mercado, ficando muito distante de todos os demais. Observa-se que se o preço vencedor da licitação fosse o médio, este estaria muito acima do mínimo cotado, ou seja, estaria na ordem de 19,23% acima, o que é uma grande diferença.

Diante disso, caberia à Administração Pública fomentar a pesquisa de preços, seja com a utilização de outras fontes, seja com a obtenção de mais orçamentos, com vistas a obter uma estimativa que, de fato, refletiria os valores praticados no mercado.

Considerando a dificuldade na obtenção de orçamentos juntos aos fornecedores, tendo em vista que muitos deles não têm interesse em revelar o real valor a que estão dispostos a negociar, o Tribunal de Contas da União manifestou sobre a necessidade de se adotar uma “cesta de preços aceitáveis”, isto é, o conjunto de preços obtidos junto a fornecedores, pesquisas em bases de sistemas de compras, avaliação de contratos recentes ou vigentes, valores adjudicados em licitações de outros órgãos públicos, valores registrados em atas de SRP e analogia com compras/contratações realizadas por corporações privadas.

Nesse sentido, como referência para os Estados, Municípios e Distrito Federal, foi editada, no âmbito Federal, pelo Ministério da Economia – Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, a Instrução Normativa nº. 73/2020, de 05 de agosto de 2020, que

dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços em geral. De acordo com a IN nº. 73/20, seguem os parâmetros para a realização da pesquisa de preços:

Parâmetros

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/painel de preços, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

À guisa de exemplo, vale ressaltar que a Lei nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações, em seu artigo 23, também trata da etapa de pesquisa de preços, estabelecendo parâmetros semelhantes. Senão vejamos:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Verifica-se, pois, a importância de uma cotação que utilize preços coerentes com a realidade do mercado, sob pena de a Administração Pública incorrer em equívocos como a realização de certames pouco competitivos; a estimativa de preços superestimados, gerando superfaturamento no pagamento pela Administração Pública; e, por fim, a estimativa de preços subestimados, inviabilizando ou tornando as licitações menos atrativas.

Portanto, neste exame rejeita-se os argumentos da defesa e ratifica-se o entendimento do Ministério Público de Contas, que em sede de manifestação preliminar (peça nº. 30, SGAP), assim se manifestou:

“Destarte, o modelo adotado pelo Município de Caeté não se coaduna com o hodierno entendimento do TCU, no sentido de que as estimativas de custos devem basear-se em uma “cesta de preços aceitáveis”⁹, não devendo se ater à pesquisa com três fornecedores, cujo resultado pode não refletir a realidade do mercado. ”

2.2.3 Conclusão: Pela rejeição das alegações de defesa.

2.3 Apontamento:

Da exigência de certidão negativa de falência, de recuperação judicial e extrajudicial.

2.3.1 Razões de defesa:

Os Responsáveis justificaram essa exigência em razão da segurança no cumprimento do contrato, sem a intenção de limitar a participação de eventuais concorrentes ao certame.

Aduziram que tal disposição editalícia é passível de correção com uma nova publicação de retificação, adequando-a ao entendimento do TCU, no sentido de que a empresa em recuperação judicial pode participar de licitação, devendo apenas apresentar o plano de recuperação.

2.3.2 Análise das razões de defesa:

Relativamente a essa exigência, o MPC entendeu que ela era indevida tendo em vista que a legislação regente da matéria não fala em certidão negativa de recuperação judicial, portanto não poderia ser exigida. Aduz que esse instituto visa a preservação da atividade empresarial, bastando a demonstração de que a empresa em recuperação judicial tenha o plano de recuperação aprovado em assembleia de credores.

Sobre esse tema, esclarece-se que em 2005, foi publicada a Lei Federal nº. 11.101, que estabeleceu normas sobre a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Quanto a aplicabilidade da recuperação judicial e extrajudicial, a Lei nº. 11.101/2005 trouxe, dentre outras, as seguintes disposições:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

[...]

*Art. 161. O devedor que preencher os requisitos do art. 48 desta Lei poderá propor e negociar com credores plano de **recuperação extrajudicial**. (Grifos nossos)*

Para melhor entender os institutos, mister se faz trazer à baila excerto de Manoel Justino Bezerra Filho⁴:

*1. A **recuperação judicial** destina-se às empresas que estejam em situação de crise econômico-financeira, com possibilidade, porém, de superação; pois aquelas em tal estado, mas em crise de natureza insuperável, devem ter sua falência decretada, até para que não se tornem elemento de perturbação do bom andamento das relações econômicas do mercado. Tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social.*

2. Por isso mesmo, a Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a “manutenção da fonte produtora”, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o “emprego dos trabalhadores”. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os “interesses dos credores”. Esta é a ordem de prioridades que a Lei estabeleceu – o exame abrangente da Lei poderá indicar se o objetivo terá condições de ser alcançado.

[...]

*6. [...] pode-se dizer desde já, em linhas bastante gerais, que a **recuperação extrajudicial** consiste na possibilidade, concedida ao devedor em situação de crise, de convocar seus credores para oferecer-lhes forma de composição para pagamento dos valores devidos. Evidentemente, como toda proposta de composição, pode ou não contar com a anuência dos credores.*

7. Se houver acordo entre devedor e credores, nada impede que essas tratativas permaneçam no campo estritamente extrajudicial. Devedor e credores se compõem, por meio de todo e qualquer meio, documento, promessa, contrato, concessão de prazo, abatimento, dação em pagamento etc., enfim, por todo e qualquer meio não proibido por

⁴ FILHO, Manoel Justino Bezerra. Lei de Recuperação de Empresas e Falências. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p142/143 e 366/367

lei, e passam a guiar-se pelo que foi combinado. Será nada mais que um acordo extrajudicial entre devedor e credores que, se cumprido corretamente, propiciará a continuação da atividade da sociedade empresária que antes estava em crise.

8. Pode ser pedida a homologação judicial do acordo e, a partir do protocolo de tal pedido, nenhum daqueles que aderiram ao plano pode desistir, a menos que haja concordância de todos os demais aderentes.

[...]

9. Com as tramitações que a Lei exige, o juiz homologará o plano por sentença, que constituirá título executivo judicial; se houver óbice à homologação, o juiz indefere o pedido e extingue o feito, voltando todas as partes ao estado anterior ao pedido de homologação. (Grifos nossos)

Em que pese o procedimento de cada uma, tanto a recuperação judicial quanto a extrajudicial visam ao mesmo objetivo, qual seja, a preservação da empresa.

Nesse sentido, registre-se ensinamento do doutrinador Fábio Ulhoa Coelho⁵:

No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial; de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

Sérgio Campinho⁶ reforça:

O instituto da recuperação vem desenhado justamente com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatize-se a figura da empresa sob a ótica de uma unidade econômica que interessa manter, como um centro de equilíbrio econômico-social. É, reconhecidamente, fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos que garantem o desenvolvimento econômico e social de um país. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular –

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 13ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p 161

⁶ CAMPINHO, Sérgio. Falência e Recuperação de Empresa. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p 128

o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como os trabalhadores, investidores, fornecedores, instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral. Por isso é que a solução para a crise da empresa passa por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem.

Na seara das licitações e contratações públicas, a Lei nº 8.666/93 foi editada com base em legislação anterior mais rigorosa (Decreto-Lei nº 7.661/45) e, no inciso II do art. 31, estabeleceu a exigência da apresentação de certidão negativa de falência ou concordata pelos interessados em participar de licitações, como condição de habilitação.

A concordata deixou de existir e foram inseridas no ordenamento a recuperação judicial e a extrajudicial, o que acabou por gerar polêmica quanto à possibilidade de exigência de certidões negativas referentes a estes institutos mais recentes.

Em relação à recuperação judicial, a Lei nº .11.101/05, em seu art. 52, inciso II, e art. 69, assim estabelece:

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; (g.n.)

[...]

Art. 69. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial".

Parágrafo único. O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ (Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 23.499/RS, sessão: 18.12.2014), em julgamento dessa matéria, entendeu que a empresa em recuperação judicial estaria, legalmente, em condições de participar de licitações, ou seja, “*nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência*

do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. ”

Por seu turno, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, ao analisar a possibilidade de participação de empresa em recuperação judicial em uma licitação, estabeleceu que a mesma *"possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata."* Ao manter a decisão em agravo, o STF destacou que *"a Administração Pública eram 100% da fonte de receitas da empresa, razão pela qual impossibilitá-la de participar de certames públicos seria sentenciá-la à falência"*. (sic)

O TCU (Acórdão nº 8.271/2011-2ª Câmara) cientificou o órgão jurisdicionado que *"em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93. ”*

Nota-se que não há regra estabelecida para a matéria, mas não se pode deixar de proteger o interesse público nas licitações e a Administração deve garantir a isonomia entre os licitantes, não podendo frustrar o objetivo da Lei nº. 11.101/05, que é de propiciar a possibilidade das empresas se reerguerem.

Esta Corte de Contas assim decidiu nos autos da Denúncia nº 986583, da relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, Sessão do dia 25/05/2017:

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE EXAMES DE IMAGEM, RADIOLÓGICOS E CONTRASTADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUSÊNCIA DE

EXIGÊNCIA DE REGISTRO DE LICITANTE NA ENTIDADE DE CLASSE. IRREGULAR. NÃO FIXADA RESPONSABILIDADE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO CERTAME. RECOMENDAÇÕES.

1. *Na fase de habilitação, as exigências de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional não podem comprometer o caráter competitivo do certame e devem ser suficientes para garantir a fiel execução do futuro contrato.*

2. *Constitui requisito indispensável para a qualificação técnica das licitantes, na fase de habilitação, a prova de registro ou inscrição na entidade profissional competente, se a execução do objeto demandar a participação de profissional especializado, limitando-se ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação.*
3. *A divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, no caso do pregão, é meramente facultativa.*
4. *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.*
5. *O administrador tem a faculdade de decidir pela vedação ou não da participação de empresas reunidas em consórcio na licitação, segundo critérios de conveniência e oportunidade, devendo o ato convocatório estar seguido de motivação. (grifos nossos)*

Em relação à recuperação extrajudicial, em que pese não haver legislação expressa quanto à exigência ou não de sua respectiva certidão negativa, entende esta Unidade Técnica que, considerando, assim como a recuperação judicial, tratar-se de uma tentativa de preservação da função social da empresa, a beneficiar a devedora e os seus credores, gerando empregos, permitindo o recolhimento de tributos à Administração e movimentando a economia com a compra e venda de bens e prestação de serviços, não há lógica em impedir a sua participação em licitações e contratos públicos.

Registre-se que a Lei nº. 11.101/05, em seu art. 165, estabelece que o plano de recuperação extrajudicial somente produzirá efeitos após sua homologação judicial.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro pronunciou, nos autos do Processo nº 206.308-9/19, da relatoria do Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento:

3. *Complemente a redação do subitem b.3 do Edital (Qualificação Econômico Financeira), de forma a possibilitar a participação de sociedades empresárias em recuperação judicial, em observância ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei Federal nº 11.101/05), indicando que não será causa de inabilitação de licitante a anotação de distribuição de processo de recuperação judicial ou pedido de homologação de recuperação extrajudicial, caso haja comprovação de que o plano já tenha sido aprovado/homologado pelo juízo competente quando da entrega da documentação de habilitação; (grifo nosso)*

Portanto, entende-se que a ausência de certidão negativa de recuperação judicial não deve, por si só, ser causa impeditiva da participação no certame. Embora mereça ser prestigiado o interesse público nas licitações, de modo que a Administração não incorra em prejuízo ao contratar uma empresa insolvente, deve-se privilegiar, também, a intenção do legislador na manutenção da empresa e preservação de sua função social, podendo a capacidade técnico-financeira da licitante ser auferida através de outros documentos, como é o caso do balanço financeiro.

Portanto, neste exame rejeita-se os argumentos da defesa e ratifica-se o entendimento do Ministério Público de Contas, que em sede de manifestação preliminar (peça nº. 30, SGAP), assim se manifestou:

Por todo o exposto, concluímos ser irregular a exigência prevista no subitem 10.1.3 do Instrumento Convocatório em tela, concernente à exigência de apresentação de “certidão negativa de falência e de recuperação judicial e extrajudicial (falência e concordata) ” como requisito de qualificação econômico-financeira.

2.3.3 Conclusão: Pela rejeição das alegações de defesa.

2.4 Medidas sugeridas após a análise de defesa:

Esta Unidade Técnica corrobora o entendimento do MPC, indicando como responsável pelas irregularidades de (1) ausência de fundamentação dos aspectos discricionários atinentes à escolha pela locação de software e de (2) pesquisa de preços de mercado insuficiente, o Sr. Kleyton Cristiano da Silva, Secretário Municipal de Educação do Município de Caeté, e solicitante da abertura do processo licitatório.

Também indica como responsável pela irregularidade relativa a exigência de certidão negativa de falência, de recuperação judicial e extrajudicial, a Sra. Gisele Moreira Santos, pregoeira municipal e subscritora do edital.

O Sr. Kleyton Cristiano da Silva, Secretário Municipal de Educação do Município de Caeté, ao solicitar a abertura do processo licitatório com as irregularidades de ausência de fundamentação dos aspectos discricionários atinentes à escolha pela locação de software e de pesquisa de preços de mercado insuficiente e a Sra. Gisele Moreira Santos, pregoeira municipal e subscritora do edital ao subscrever edital com exigência de certidão negativa de falência, de recuperação

judicial e extrajudicial, agiram em afronta ao dever de cuidado objetivo que dele se esperava considerando-se o nível normal (médio ou mediano) de diligência esperado do agente público, estando, portanto, caracterizado erro grosseiro, conforme a interpretação dada ao art. 28 do Decreto-Lei 4657/1942 (LINDB) pelos recentes julgados do Tribunal de Contas da União⁷ e deste Tribunal de Contas⁸.

Atrai-se, portanto, a responsabilização dos agentes públicos, motivo pelo qual esta Unidade Técnica se manifesta pela aplicação de multa, por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos termos do art. 85, *caput* e inciso II, da Lei Complementar Estadual nº. 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16.

3. Conclusão

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta pela rejeição das razões de defesa apresentadas pelos defendentes quanto aos seguintes apontamentos:

- Ausência de fundamentação dos aspectos discricionários atinentes à escolha pela locação de software;
- Pesquisa de preços de mercado insuficiente e,
- Exigência de certidão negativa de falência, de recuperação judicial e extrajudicial

4. Proposta de Encaminhamento

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- A aplicação da sanção de multa, prevista no art. 85, II, da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.
- A expedição de recomendação para que não incorram nas mesmas irregularidades em processos licitatórios futuros, nos termos do inciso III do art. 275 da Resolução nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

Belo Horizonte, 08 de março de 2023.

Filipe Eugênio Maia Ballstaedt
Analista de Controle Externo

⁷ Vide Acórdão nº 2.012/2022, 2ª Câmara, Relatoria Antônio Anastasia, s. 03/05/2022.

⁸ Vide Denúncia n. 1088751. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Sessão do dia 02/06/2022. Disponibilizada no DOC do dia 07/06/2022. Colegiado. Segunda Câmara.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



TC 1457-2

De acordo. Em 08/03/2024 encaminho os autos ao Ministério Público de Contas conforme determinação de peça nº. 31do SGAP.

Henrique Haruhico de Oliveira Kawasaki

Coordenador

TC 3240-6