

## REPRESENTAÇÃO N. 952106

**Representante:** Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais

**Representada:** Prefeitura Municipal de Sete Lagoas

**Partes:** Geraldo Donizete de Carvalho, Luiz Adolpho Vidigal Borlido, Márcio Reinaldo Dias Moreira, Vinícius Barroso Andreata, Leone Maciel Fonseca

**MPTC:** Cristina Andrade Melo

**RELATOR:** CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

### EMENTA

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO APROVADO DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DO ORÇAMENTO ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO E DA PLANILHA DE QUANTITATIVOS E CUSTOS UNITÁRIOS COMO ANEXOS DO EDITAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS ALUSIVOS AOS CASOS DE INVIABILIDADE TÉCNICA DO ATENDIMENTO POR FIBRA ÓPTICA NA ZONA RURAL DO MUNICÍPIO. PREVISÃO EDITALÍCIA DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL APENAS PELA VIA PRESENCIAL. DEMONSTRAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUITAÇÃO ANUAL PERANTE O CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA – CREA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA EVENTUAL SUBCONTRATAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA DE POSSIBILIDADE DE CESSÃO TOTAL DO CONTRATO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. COMINAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. RECOMENDAÇÕES AO ATUAL GESTOR.

1. O rol de documentos exigidos na fase habilitação, previsto nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, é taxativo, de modo que a Administração não pode exigir dos licitantes documentação diversa da estipulada nos referidos dispositivos legais.

2. A Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 1, de 24 de janeiro de 1999, estabeleceu, em seu Capítulo II, as condições para o compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, entre as quais não se inclui a necessidade de apresentação do projeto aprovado como requisito de habilitação.

3. Na modalidade pregão, a divulgação do orçamento estimado da contratação como anexo do edital é faculdade da Administração, pois, consoante o disposto no inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520, de 2002, a pesquisa de preços deve integrar os autos do procedimento licitatório.

4. O orçamento estimado da contratação, realizado pela Administração, deve ser organizado em planilhas que evidenciem os custos unitários do objeto licitado, de modo que essa cotação sirva, posteriormente, de baliza para a análise da aceitabilidade dos preços unitário e global propostos.

5. A ausência de indicação clara e objetiva dos critérios de aceitabilidade e de julgamento das propostas alusivos aos casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra óptica na zona

rural do Município não tem o condão de macular o certame, porquanto o termo de referência previu o objeto licitado, bem como sua delimitação, as justificativas da contratação, as especificações técnicas, o prazo para solução dos problemas, a forma de abertura de chamado de suporte e a forma de medição dos serviços prestados.

6. A previsão editalícia de impugnação ao instrumento convocatório apenas pela via presencial pode ser considerada óbice à competitividade, além de restringir o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados em participarem do procedimento licitatório, razão pela qual deve ser garantida a possibilidade de insurgência por outras vias, entre as quais se inclui o meio eletrônico.

7. O Código Tributário Nacional e a Consolidação das Leis do Trabalho equiparam, expressamente, a certidão positiva com efeitos de negativa às certidões negativas de débito, motivo pelo qual se recomenda à Administração que, ao fixar os requisitos de habilitação, faça uso dos termos “regularidade fiscal” e “regularidade trabalhista” em detrimento de “certidão negativa”, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de eventuais certidões positivas com efeito de negativa.

8. A exigência de comprovação de quitação anual perante o respectivo conselho profissional como requisito de habilitação consubstancia irregularidade, por não possuir amparo legal e afrontar o disposto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993.

9. O instrumento convocatório que prever a possibilidade de subcontratação do objeto licitado deve, necessariamente, estabelecer os respectivos limites e critérios a serem observados.

**Segunda Câmara**  
**5ª Sessão Ordinária – 21/02/2019**

**I – RELATÓRIO**

Cuidam os autos da representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em face do Processo Licitatório nº 165/2013, regido pelo edital do Pregão Presencial nº 59/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, cujo objeto consistiu na “contratação de empresa para distribuição de link de internet via fibra de cabos ópticos e acesso à internet via fibra óptica, nos moldes previstos no Anexo II – Termo de Referência” (fl. 15-v).

O representante aduziu, em síntese, que, após receber a Notícia de Fato MPMG-0672.13.000712-9, encaminhada pela Dra. Guiomar Soares de Oliveira Neta, Promotora de Justiça da 5ª Promotoria de Justiça da Comarca de Sete Lagoas, instaurou o Procedimento Preparatório n. 004.2014.790, por intermédio da Portaria n. 01/2014, para apurar a regularidade do mencionado procedimento licitatório.

Informou que a Administração Municipal homologou o certame, adjudicou o objeto licitado à HZ Telecomunicações e Informática Ltda. – ME, e, em 11/11/2013, com ela celebrou o Contrato nº 44/2013, no valor de R\$398.000,00 (trezentos e noventa e oito mil reais), cuja vigência inicial era de um ano com previsão de prorrogações sucessivas por igual período, nos termos do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

Na sequência, apontou, em síntese, as seguintes irregularidades: a) exigência, sem amparo legal, de apresentação de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação; b) ausência de indicação do valor estimado da contratação e da planilha de quantitativos e custos unitários entre os anexos do edital; c) ausência de indicação, de forma clara e objetiva, dos critérios de aceitabilidade e julgamento das propostas alusivos

aos casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra óptica na zona rural do Município; d) restrição à forma de impugnação do edital que, nos termos do subitem 6.2.3 do instrumento convocatório, somente poderia ocorrer pela via presencial; e) exigência de apresentação de certidões negativas de débito, passadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e pela Justiça do Trabalho, para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista; f) exigência de comprovação de quitação anual junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA como condição de habilitação; g) ausência de definição de parâmetros objetivos para eventual subcontratação; e h) previsão editalícia de possibilidade de cessão total do contrato.

Ao final, requereu: a) a citação dos responsáveis para apresentação de defesa; b) a intimação do Prefeito Municipal para informar se houve prorrogação da vigência contratual e, se fosse o caso, o encaminhamento de cópia do termo aditivo e da justificativa para a prorrogação; e c) a procedência da representação e, por conseguinte, a aplicação de multa aos responsáveis, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102, de 2008, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

O representante anexou à peça inicial dos autos a documentação de fls. 10 a 474.

Em 1º/7/2015, conforme despacho do Conselheiro Presidente, à fl. 476, a documentação foi recebida como representação, autuada e distribuída à minha relatoria (fl. 477).

No relatório de fls. 479 a 489-v, a Unidade Técnica entendeu pela irregularidade dos apontamentos descritos nas alíneas “a”, “d”, “f”, “g” e “h”.

À fl. 491, determinei a citação dos Srs. Márcio Reinaldo Dias Moreira, então Prefeito Municipal; Luiz Adolpho Vidigal Borlido, Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia; Vinícius Barroso Andreata, Pregoeiro Municipal, e Geraldo Donizete de Carvalho, Consultor de Licitações e Compras.

Os Srs. Márcio Reinaldo Dias Moreira e Luiz Adolpho Vidigal Borlido apresentaram defesas de fls. 501 a 504-v e 550 a 554, respectivamente.

Às fls. 505 e 506, o Sr. Leone Maciel Fonseca, atual Prefeito Municipal de Sete Lagoas, e o Sr. Luiz Carlos Gomes de Araújo, Consultor de Licitações e Compras, informaram que a contratação em exame se encontrava vigente até 11/11/2017, oportunidade em que acostaram aos autos documentação de fls. 507 a 509, na qual encaminharam cópia do instrumento de contrato, dos termos aditivos celebrados e das respectivas justificativas para prorrogação contratual.

Relativamente aos Srs. Vinícius Barroso Andreata e Geraldo Donizete de Carvalho, foi consignado, à fl. 555, que, embora citados os responsáveis não se manifestaram.

A Unidade Técnica, no reexame de fls. 556 a 578, concluiu, em síntese, pela procedência dos seguintes itens:

- III.a) exigência de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito para habilitação, prevista no item 11.1.13.1;
- III.b) ausência de orçamento estimado contendo pelos custos unitários e globais dos valores dos serviços a serem executados, conforme exigência do II do §2º do art. 7º da Lei Federal nº 8.666/1993;
- III.d) impugnação ao Edital apenas por meio presencial, prevista no item 6.2.3;
- III.e) exigência de Certidão Negativa de Débito para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, prevista nos itens 11.1.2 e 11.1.6;
- III.f) exigência de prova de quitação junto ao CREA, prevista no item 11.1.14.1;
- III.g) cessão e subcontratação sem estabelecimento dos limites, prevista no item 14.9.

No parecer de fls. 582 a 585-v, o Ministério Público junto ao Tribunal opinou: a) pela procedência parcial da representação; b) pela exclusão do Sr. Márcio Reinaldo Dias Moreira, Prefeito Municipal, à época, do polo passivo da representação, em razão da comprovação de existência de atos de delegação de competência; c) pela ausência de responsabilidade do Sr. Luiz Adolpho Vidigal Borlido, então Secretário de Planejamento, Orçamento e Tecnologia; d) pela aplicação de multa aos Srs. Vinícius Barroso Andreata, então Pregoeiro Municipal e subscritor do edital, e Geraldo Donizete de Carvalho, Consultor de Licitações e Compras, à época, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102, de 2008, em virtude das irregularidades sintetizadas as alíneas “a.1” e “a.2” do parecer; e e) pela emissão de recomendações ao atual Prefeito Municipal e ao Consultor de Licitações e Compras, para que, nos certames futuros, se abstenham de incidir nas irregularidades verificadas no procedimento licitatório em análise.

É o relatório, no essencial.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

Antes de analisar o mérito das irregularidades apontadas pelo Ministério Público junto ao Tribunal, ora representante, entendo salutar esclarecer o regime de responsabilidade aplicável ao Pregão Presencial nº 59/2013, ao Contrato nº 44/2013 e às suas respectivas prorrogações.

Pois bem. Sobressai da documentação acostada aos autos que o Sr. Mário Márcio Campolina Paiva, então Prefeito Municipal, por intermédio do art. 1º da Portaria nº 2.457, de 24 de janeiro de 2011, delegou competências ao Consultor de Licitações e Compras, “autorizando-o a fazer abertura de processo licitatório, em qualquer de suas modalidades, julgamento de impugnação a edital de licitação e recursos administrativos, bem como proceder à homologação, adjudicação, revogação e anulação do processo licitatório” (fl. 125). O art. 3º do referido ato normativo, por sua vez, preceitua que compete ao Prefeito Municipal, em conjunto com o Secretário Municipal (ordenador de despesa), assinar todos os contratos, oriundos de processos licitatórios, de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Além disso, extrai-se da documentação que o Prefeito Municipal nomeou o Sr. Vinícius Barroso Andreata para atuar como Pregoeiro Municipal, por meio do art. 1º da Portaria nº 4.358, de 14 de janeiro de 2013, ao qual competia, nos termos do art. 3º desse diploma normativo:

Art. 3º - Compete, privativamente, à Comissão Permanente de Licitação, ao Pregoeiro e a Equipe de Apoio, individualmente, ou em conjunto, de acordo com o determinado na Lei nº 8.666/93, Lei 10.520/02, bem como na legislação pertinente:

I – Atuar, cronologicamente, os pedidos de abertura de procedimento licitatório;

II – Elaborar os instrumentos convocatórios;

III – Providenciar a publicação dos atos referentes aos certames licitatórios em tempo hábil;

IV – Instruir o processo licitatório anexando documentos pertinentes;

V – Prestar informações aos interessados quando requisitado na forma da lei;

VI – Receber, abrir, analisar e julgar os documentos e propostas apresentadas, procedendo, respectivamente, à habilitação ou inabilitação dos licitantes e classificação ou desclassificação das propostas comerciais, quando couber;

VII – Realizar diligências, inerentes ao julgamento do processo licitatório, que se fizerem necessárias;

- VIII – Rever suas decisões, de ofício ou mediante provocação de terceiros, informando, quando for o caso, à autoridade superior os recursos administrativos interpostos;
- IX – Conduzir as sessões e os trabalhos realizados;
- X – Receber e julgar os documentos relativos à inscrição cadastral;
- XI – Convocar técnicos especialistas para auxiliar em determinado assunto, não podendo neste caso os auxiliares tomar decisão, somente emitir pareceres;
- XII – Obedecer, rigorosamente, as disposições contidas na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas sucessivas alterações posteriores.

Os dispositivos transcritos evidenciam as competências atribuídas ao pregoeiro, entre as quais destaco a elaboração do instrumento convocatório e a homologação do certame.

*In casu*, o ato convocatório e o termo de referência foram elaborados, respectivamente, pelo Sr. Vinícius Barroso Andreato, Pregoeiro Municipal (fl. 23-v), e pelo Sr. Luiz Adolpho Vidigal Borlido, Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia (fl. 26), sendo que o Sr. Mário Márcio Campolina Paiva, Prefeito Municipal à época, delegou competências ao Sr. Geraldo Donizete de Carvalho, Consultor de Licitações e Compras, para, entre outras atribuições, homologar o certame e, por via de consequência, exercer o controle interno da regularidade do procedimento licitatório (fl. 458).

Ressalto, por oportuno, que o contrato foi efetivamente assinado, entre outros, pelo Sr. Márcio Reinaldo Dias Moreira, Prefeito Municipal, e, em consonância com o disposto no mencionado art. 3º da Portaria nº 2.457, de 24 de janeiro de 2011 (fl. 468), pelo Sr. Luiz Adolpho Vidigal Borlido, Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia.

Nesse contexto, eventuais irregularidades no procedimento licitatório podem ser imputadas aos Srs. Vinícius Barroso Andreato, Pregoeiro Municipal; Luiz Adolpho Vidigal Borlido, Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Tecnologia, e Geraldo Donizete de Carvalho, Consultor de Licitações e Compras, ao passo que as irregularidades existentes no contrato e na fase de execução do objeto licitado são de responsabilidade dos Srs. Márcio Reinaldo Dias Moreira, então Prefeito Municipal, e Luiz Adolpho Vidigal Borlido, por terem efetivamente subscrito o instrumento contratual.

Passo, então, à análise individualizada dos apontamentos de irregularidades lançados nos autos, examinados pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em cotejo com as razões apresentadas pelos defendentes e com a documentação que instrui os autos.

### **1. Exigência de apresentação de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação**

O representante se insurgiu contra a inclusão do projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura entre os documentos que seriam apresentados para habilitação dos licitantes, ao argumento de que essa imposição não encontrava amparo nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, restringia a competitividade do certame e violava a isonomia entre os interessados em participar do procedimento licitatório.

Afirmou que o cumprimento dessa exigência traduzia situação onerosa para os licitantes, sob o fundamento de que “não é razoável exigir que uma empresa realize despesas com projetos e firme acordos com terceiros, despendendo tempo e recursos consideráveis, na mera expectativa de sagrar-se vencedora do certame licitatório futuro”.

Aduziu, ainda, que o projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura deveria ser exigido apenas do licitante classificado em primeiro lugar, como condição para celebração do contrato, mediante concessão de prazo razoável para elaboração e aprovação do referido projeto pela entidade responsável pela infraestrutura de rede subterrânea, com vistas a ampliar a competitividade do certame.

Na manifestação de fls. 479 a 489-v, a Unidade Técnica entendeu que a fundamentação apresentada pela Administração Municipal, em resposta ao recurso administrativo da entidade empresária RSNET, foi insuficiente para justificar a exigência editalícia em comento, uma vez que “se limitou a fazer referências à legislação referente ao processo de compartilhamento de infraestrutura”, sem, contudo, “explicitar qual dispositivo legal dispõe sobre a exigência de “projeto aprovado” previamente. Nesse sentido, concluiu que a imposição de apresentação de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação não encontrava amparo no ordenamento jurídico vigente.

Os defendentes não se manifestaram acerca desse apontamento de irregularidade.

No reexame de fls. 556 a 578, a Unidade Técnica reafirmou a conclusão contida na sua informação inicial de que deveriam ser sancionados os Srs. Márcio Reinaldo Dias Moreira, então Prefeito Municipal; Geraldo Donizete de Carvalho, Consultor de Licitações e Compras; e Vinícius Barroso Andreata, Pregoeiro Municipal e responsável pela homologação do certame. Acrescentou, ainda, que “não há elementos nos autos que indiquem a participação do Sr. Luiz Adolpho Vidigal Borlido na irregularidade apontada”.

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 582 a 585-v, ratificou a fundamentação exposta na peça inicial dos autos, oportunidade em que opinou pela aplicação de multa ao Sr. Vinícius Barroso Andreata, por ter assinado o edital, e ao Sr. Geraldo Donizete de Carvalho, por ter homologado o certame.

Com efeito, o subitem 11.1.13.1 do edital do Pregão Presencial nº 59/2013 exigiu, como requisito de habilitação, a apresentação de:

11.1.13.1 – Projeto aprovado de compartilhamento de Infraestrutura, conforme determina resolução conjunta ANEEL/ANATEL No. 001 de 24 de novembro de 1999, para uso dos Postes de Energia nesta cidade, através de contrato celebrado com a CEMIG Distribuição S/A quando da utilização de rede aérea ou de Cessionária proprietária de infraestrutura de rede subterrânea, quando da prestação de serviços objeto deste edital for realizado através deste recurso. (Destaques meu.)

A Resolução Conjunta ANEEL/ANATEL/ANP nº 1, de 24 de janeiro de 1999, aprovou o regulamento conjunto para compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo e estabeleceu, em seu Capítulo II, as condições para o mencionado compartilhamento, entre as quais não se inclui a necessidade de apresentação do projeto aprovado como requisito de habilitação nos procedimentos licitatórios que antecedem a contratação (fls. 201 a 207).

Nesse sentido, o art. 11 desse ato normativo preceitua apenas que:

Art. 11. A solicitação de compartilhamento deverá ser feita formalmente, por escrito, e conter as informações técnicas necessárias para a análise da viabilidade do compartilhamento pelo Detentor.

§ 1º A solicitação deve ser respondida, por escrito, num prazo de até noventa dias, contado da data de seu recebimento, informando sobre a possibilidade ou não de compartilhamento. Em caso de resposta negativa, as razões do não atendimento deverão ser informadas ao Solicitante.

§ 2º Caso o Detentor tenha a necessidade de realizar estudos técnicos especiais para avaliar a viabilidade de atendimento às condições de compartilhamento requeridas pelo Solicitante, este poderá, mediante prévio acordo, cobrar os custos a eles associados, que deverão ser justos e razoáveis, desde que o contrato de compartilhamento não venha a ser formalizado.

§ 3º O compartilhamento só poderá ser negado por razões de limitação na capacidade, segurança, estabilidade, confiabilidade, violação de requisitos de engenharia ou de cláusulas e condições emanadas do Poder Concedente.

Sobressai do conjunto instrutório que a RSNET Informática Ltda. impugnou administrativamente o subitem 11.1.13.1 do edital (fls. 177 a 184), ao argumento de que “é nítido que a referida exigência quanto à existência de um projeto aprovado, para um serviço que ainda será licitado, exclui do certame várias empresas (...)”. Em resposta à impugnação administrativa, a Administração Municipal limitou-se a citar os atos normativos que regulamentam o compartilhamento de infraestrutura entre os setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo, sem, contudo, indicar o dispositivo que autorizava a exigência de apresentação, como requisito de habilitação, do projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura.

Nesse contexto, registro, por oportuno, excerto da manifestação da Unidade Técnica deste Tribunal (fl. 481):

Ressalta-se que a legislação supramencionada evidencia dispositivos amplos que delegam às Agências a condução da resolução administrativa de conflitos decorrentes da aplicação e ou da interpretação do próprio Regulamento Conjunto, sem, contudo, explicitar tacitamente as informações técnicas necessárias para a análise da viabilidade do compartilhamento pelo detentor.

Diante do exposto, como o Administrador Público não especificou o dispositivo legal que exige o projeto aprovado na fase de habilitação, considera-se procedente a irregularidade apontada pelo Denunciante, uma vez que não encontra amparo legal nos arts. 27 a 31 da Lei Federal n. 8.666/93, nem na legislação infraconstitucional pertinente.

Relativamente à exigência de apresentação de documentos para habilitação, este Tribunal já se manifestou diversas vezes pela impossibilidade de se exigir documentação diversa daquela prevista nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993. Nessa linha de raciocínio, cito, a título ilustrativo, trecho da ementa do acórdão proferido pelo Colegiado da Primeira Câmara, na Sessão de 25/4/2017, o que faço com os seguintes destaques:

DENÚNCIA. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR. EXIGÊNCIA DE PROPRIEDADE PRÉVIA DOS VEÍCULOS. FALTA DE CLAREZA E OBJETIVIDADE NO EDITAL. IMPRECISÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA CONTRATUAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. RECOMENDAÇÕES.

[...]

2. O rol de documentos destinados à habilitação dos licitantes é taxativo, não sendo possível, portanto, exigir outros documentos além daqueles elencados nos arts. 27 a 31 da Lei n. 8.666/93. [...]

De igual modo, foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - REEXAME NECESSÁRIO - LICITAÇÃO - AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA

CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO. O Mandado de Segurança, como cediço, seja ele na forma repressiva ou preventiva, é cabível para a proteção de direito líquido e certo, não protegido por habeas corpus nem por habeas data, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX da CR/88. A Lei nº 8663/93 não proíbe, expressamente, que uma empresa em "recuperação judicial", participe de contratação com o Poder Público, não obstante exija expressamente a apresentação de certidão negativa de falência, bem como de certidões negativas. O edital de licitação que contenha previsão expressa para apresentação de "plano de recuperação aprovado em Assembleia de credores e acolhida na esfera judicial" afigura-se exigência que ultrapassa o princípio da legalidade e da razoabilidade. Os requisitos legais exigidos para fins de habilitação em processo licitatório são taxativos, não comportando interpretação extensiva. (TJMG - Remessa Necessária-Cv 1.0026.17.005389-1/002, Relator (a): Des. (a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/8/2018, publicação da súmula em 28/8/2018).

À vista do exposto, em consonância com os fundamentos trazidos pelo Ministério Público junto ao Tribunal e pela Unidade Técnica, entendo ser procedente o apontamento de irregularidade em questão, porquanto, no caso em apreço, a exigência estipulada no subitem 11.1.13.1 do edital fixou condição restritiva à participação na disputa, de modo a preterir possíveis interessados, que, ainda na fase de habilitação, não tinham condições de dar cumprimento ao disposto no edital, ocasionando, assim, ofensa ao princípio da isonomia e, por conseguinte, limitação ao princípio da ampla competitividade.

Nesse contexto, entendo que devem ser sancionados os Srs. Vinicius Barroso Andreato, por ter subscrito o edital, e o Sr. Geraldo Donizete de Carvalho, por ter homologado o certame. Ademais, recomendo ao atual gestor que, nos procedimentos licitatórios futuros, não inclua, na documentação exigida para fins de habilitação, documentos estranhos aos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993, que estipulem violação aos princípios da isonomia e da competitividade do certame.

## **2. Ausência de indicação do valor estimado da contratação e da planilha de quantitativos e custos unitários entre os anexos do edital**

O representante alegou que não foram anexados ao edital o orçamento estimado da contratação e a planilha de quantitativos e custos unitários, o que afrontou o inciso II do § 2º do art. 7º e o inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993.

Argumentou que o orçamento estimado da contratação “detalhado em planilhas serve como baliza para orientar a Administração no julgamento das propostas, afastando aquelas que sejam excessivas ou inexecutáveis, mas também é importante como parâmetro para que os licitantes possam formular suas propostas de maneira adequada” (fl. 3).

Sustentou que a existência do orçamento, na fase interna do procedimento licitatório, viola as disposições da Lei nº 8.666, de 1993, as quais, segundo o representante, são aplicáveis subsidiariamente ao pregão, por força do art. 9º da Lei nº 10.520, de 2002.

Com vistas a subsidiar seus argumentos, acostou à peça inicial dos autos trechos de julgado do Tribunal de Contas da União (TCU) e deste Tribunal.

Afirmou, ainda, que a jurisprudência do TCU e desta Corte de Contas “é oscilante e em suas últimas decisões tem caminhado no sentido de que, na modalidade pregão, a anexação do orçamento ao edital não seria obrigatória”, em razão da falta de previsão expressa na Lei nº 10.520, de 2002.

Asseverou que a obrigatoriedade de o orçamento estimado da contratação constar como anexo do edital decorre do inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, e dos princípios da publicidade e da isonomia.

Citou trecho do acórdão proferido pelo Colegiado da Segunda Câmara, na Sessão de 8/8/2013, no julgamento da Denúncia nº 862.128, ocasião em que pontuou que o voto do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, que traduz o entendimento ora sustentado, foi aprovado por unanimidade.

Por fim, salientou que, a despeito de o orçamento estimado da contratação ter sido juntado na fase interna do procedimento licitatório, não foi discriminado em quantitativos e custos unitários. Em razão disso, ponderou que, caso não se entenda pela irregularidade da ausência do orçamento estimado da contratação como anexo do edital, deve ser “considerada irregular a apresentação, na fase interna do certame, apenas dos custos globais para os serviços contratados, sem discriminação dos custos unitários que compõem tais serviços”.

No relatório inicial de fls. 479 a 489-v, a Unidade Técnica afirmou, em síntese, que, “embora não tenha sido apresentado a proposta de preços de três empresas do ramo para representar uma projeção detalhada da futura contratação, entende-se que foram apresentados os elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, considerando os preços praticados no mercado, em atenção às disposições contidas na Lei nº 10.520, de 2002”.

Os defendentes não se manifestaram especificamente sobre esse apontamento de irregularidade.

No reexame de fls. 556 a 578, a Unidade Técnica entendeu, em suma, que “os orçamentos apresentados pelas empresas Fox Conexão e Alfabet Tecnologia da Informação (fls. 66 e 73) não substituem a estimativa do valor da contratação, que deveria ser composta pelos custos unitários e globais dos valores de cada item dos serviços a serem executados”, oportunidade em que sugeriu a imputação de responsabilidade aos Srs. Márcio Reinaldo Dias Moreira, Geraldo Donizete de Carvalho e Vinícius Barroso Andreatta.

No parecer de fls. 581 a 585, o Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o apontamento de irregularidade em exame e opinou pela aplicação de multa ao Sr. Vinícius Barroso Andreatta, por ter subscrito o edital, e ao Sr. Geraldo Donizete de Carvalho, por ter homologado o certame.

Pois bem. A imposição de realização do orçamento estimado em planilhas de preços unitários encontra amparo normativo no inciso II do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666, de 1993, o qual estabelece que a regularidade da licitação depende da existência de orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.

No mesmo sentido, o inciso II do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, dispõe que:

Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Depreende-se dos preceitos normativos citados que, nas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666, de 1993, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários

deve constar como anexo do instrumento convocatório, dele fazendo parte integrante, revelando-se cogente o comando insculpido no texto legal.

Por outro lado, na modalidade pregão, a divulgação do orçamento como anexo do edital é faculdade da Administração, pois, consoante o disposto no inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520, de 2002, o orçamento deve integrar os autos do procedimento licitatório.

Confira-se a exata dicção do mencionado dispositivo legal:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

[...]

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

A respeito da ausência do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, como anexo do ato convocatório, tenho manifestado o entendimento de que, nas licitações sob a modalidade pregão, a divulgação do orçamento, como anexo no edital, é faculdade da Administração, pois, nos termos do inciso III do art. 3º da Lei nº 10.520, de 2002, o que se exige é a sua inserção nos autos do processo licitatório, bastando, assim, a sua inclusão na fase interna do certame.

Em face do inafastável atendimento aos princípios da transparência e da publicidade, cumpre esclarecer que não defendo que as informações contidas no orçamento estimativo sejam omitidas ou mantidas em sigilo pela Administração, porquanto a consulta a tal documento deve ser assegurada àqueles que postulam conhecer o inteiro teor das planilhas de custos, com vistas a viabilizar a formulação de suas propostas. Todavia, da análise da legislação de regência, ressaí que a oferta de tais informações, na fase interna do certame, garante o necessário cumprimento ao comando normativo.

Nessa vertente, há decisões do Tribunal Pleno desta Corte de Contas, *v.g.*, nos processos autuados sob os nº 887.858 e 896.531.

Compulsando os autos, constatei que, apesar de ter sido realizada, na fase interna do Pregão Presencial em exame, cotação de preços com a UWBR Telecomunicações Ltda. (fl. 66) e com a Alfabet Tecnologia da Informação – ME (fl. 73), o orçamento realizado não detalhou em planilhas a composição de todos os seus custos unitários.

Todavia, entendo que essa situação não ensejou maiores prejuízos ao certame, porquanto foram estimados os valores mensais e anual da contratação, bem como os valores orçados de instalação e comodato de equipamentos para as 174 (cento e setenta e quatro) localidades discriminadas na tabela denominada “Localidades” e, por fim, o valor global estimado da contratação (fl. 86).

À vista do exposto, pelas peculiaridades no caso analisado, afasto a irregularidade suscitada pelo representante, alusiva à ausência do orçamento estimado da contratação como anexo do edital, por entender que é suficiente a sua realização na fase interna do pregão. Ademais, considerando que há nos autos elementos de que a ausência de comprovação de realização de planilhas com a composição de todos os custos unitários não acarretou prejuízo ao certame, deixo de responsabilizar os agentes públicos responsáveis pela condução do procedimento licitatório.

Recomendo, no entanto, ao atual gestor que, nos próximos editais de licitação, faça constar expressamente a discriminação dos custos unitários do objeto licitado, de modo que o

orçamento realizado pela Administração Municipal sirva, posteriormente, de baliza para a análise da aceitabilidade dos preços unitário e global propostos.

### **3. Ausência de indicação, de forma clara e objetiva, dos critérios de aceitabilidade e de julgamento das propostas alusivos aos casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra óptica na zona rural do Município**

O representante aduziu que o instrumento convocatório não estabeleceu, de forma clara e objetiva, os critérios de julgamento e de aceitabilidade das propostas alusivos aos casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra óptica na zona rural do Município.

Sustentou que a previsão editalícia contida no subitem 3.2 do edital era insuficiente, pois estabeleceu tão somente que “nos casos de inviabilidade técnica de instalação da rede óptica na zona rural será realizada reunião entre o município e a contratada para determinar nova solução tecnológica”. Acrescentou que essa disposição era genérica e subjetiva, de modo que inviabilizava a aplicação do princípio do julgamento objetivo.

Ressaltou que a decisão administrativa, proferida em resposta à impugnação formulada pela RSNET Informática Ltda., evidenciou que a Administração Municipal “transferiu para os licitantes a obrigação de elaborar parte do projeto básico ou termo de referência”, o que caracterizou omissão grave dos responsáveis pela elaboração do edital e do termo de referência.

Asseverou que a “solução tecnológica para as áreas em que não fosse possível o atendimento por fibra óptica, incluindo sua estimativa de custo, deveria fazer parte não só do termo de referência, mas também da descrição do objeto licitado”, nos termos do inciso II da Lei nº 10.520, de 2002.

No relatório inicial de fls. 479 a 489-v, a Unidade Técnica salientou que, a despeito da ausência de previsão no termo de referência de um projeto alternativo para os casos de inviabilidade técnica do atendimento por fibra óptica na zona rural, a questão levantada pelo representante “sequer se encontra apreciada pela jurisprudência majoritária por se ater a fatos futuros de difícil previsão”.

Nesse sentido, entendeu que não procede o apontamento de irregularidade em questão, ao argumento de que não é razoável exigir da Administração Municipal que presuma a “má-fé dos que irão gerenciar depois o contrato, ou que possam prever fatos que inviabilizem a sua execução”.

Na defesa de fls. 550 a 554, o Sr. Luiz Adolpho Vidigal Borlido, Secretário de Planejamento, Orçamento e Tecnologia, à época, e subscritor do termo de referência, arguiu que o termo de referência foi elaborado de forma minuciosa, de modo a possibilitar que os licitantes pudessem elaborar suas propostas.

Ponderou que podem ocorrer fatos imprevisíveis que não irão encontrar solução no termo de referência, ainda que esse documento fosse elaborado da forma mais completa possível, pois os problemas seriam solucionados na execução do objeto licitado.

Além disso, afirmou que, no momento da elaboração do termo de referência, “não era previsível a inviabilidade técnica de atendimento via cabo óptico na zona rural do município”. Nessa esteira, ressaltou que o instrumento convocatório previu, até mesmo, a possibilidade de os licitantes interessados realizarem visita técnica para examinarem o parque tecnológico do Município.

No reexame de fls. 556 a 578, a Unidade Técnica reiterou o entendimento de regularidade do termo de referência.

Às fls. 582 a 585-v, o Ministério Público junto ao Tribunal retificou seu apontamento inicial para considerar que “a omissão da Prefeitura Municipal de Sete Lagoas quanto à inclusão no termo de referência da solução tecnológica a ser utilizada para prestação dos serviços no caso de inviabilidade técnica de instalação de rede óptica nas localidades da zona rural não constitui falha suficiente para macular o Termo de Referência”.

Pois bem. Sobressai do documento de fls. 24-v a 26, denominado Termo de Referência, que a Administração Municipal previu o objeto do procedimento licitatório, bem como sua delimitação, as justificativas da contratação, as especificações técnicas, o prazo para solução dos problemas, a forma de abertura de chamado de suporte e a forma de medição dos serviços prestados, razão pela qual, em consonância com a análise da Unidade Técnica e do parecer conclusivo do *Parquet* de Contas, entendo que inexistente irregularidade capaz de comprometer a lisura do certame.

#### **4. Restrição à forma de impugnação do edital que, nos termos do subitem 6.2.3 do instrumento convocatório, somente poderia ocorrer pela via presencial**

O representante se insurgiu contra a previsão editalícia que estabeleceu apenas a via presencial como forma de impugnação do instrumento convocatório, ao argumento de restrição indevida ao direito dos licitantes de apontarem irregularidades no certame. Sustentou que deveria ter sido admitida a impugnação via *fac-símile* ou por meio de correio eletrônico, de modo que o original poderia ser recebido, posteriormente, por via postal ou protocolo presencial.

A Unidade Técnica, às fls. 479 a 489-v, informou que o exercício do controle de legalidade deve ser o mais amplo possível, e, nesse sentido, transcreveu trecho do Acórdão nº 2.632/2008 do Tribunal de Contas da União, no qual o Plenário afirmou que as impugnações por meio eletrônico podem coexistir com a forma tradicional.

Não foram apresentadas razões defensivas nesse particular.

No reexame de fls. 556 a 578, a Unidade Técnica ratificou seu entendimento inicial e sustentou que a definição dos meios de impugnação ao edital pela Administração Pública “deve ser norteadada pela ampliação e facilitação da participação do cidadão nos processos licitatórios, favorecendo o controle de legalidade dos atos”.

No parecer de fls. 582 a 585-v, o Ministério Público junto ao Tribunal reiterou a fundamentação exposta na peça inicial dos autos.

Sobressai do subitem 6.2.3 do instrumento convocatório que:

6.2.3 – A impugnação deverá ser protocolada na Consultoria de Licitações e Compras, devendo estar acompanhada do documento que concede poder ao signatário da peça impugnatória, sob pena de não conhecimento. Não será aceita impugnação apresentada intempestivamente ou encaminhada via *fac-símile* ou correio eletrônico (*e-mail*).

Como é cediço, os procedimentos licitatórios devem primar pela estrita observância dos princípios que lhe são correlatos, notadamente os da universalidade e da isonomia. Assim, devem ser rechaçados quaisquer requisitos e exigências que venham a restringir a ampla competitividade. Nesse sentido, o inciso I do § 1º da art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, determina expressamente que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo.

A restrição ao modo de impugnação ao instrumento convocatório, prevista no subitem 6.2.3 do edital, não encontra amparo na Lei nº 10.520, de 2002, como observado pelo *Parquet* de Contas, ora representante, e, a meu ver, pode ser considerada óbice à competitividade, além de restringir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Ao prever que “não será ainda aceito impugnação (...) encaminhada via *fac-simile* ou correio eletrônico (*e-mail*), o edital cria exigência capaz de dificultar o exercício do direito para aqueles que têm sede distante do Município licitante, em comparação com concorrentes que estejam situados em suas proximidades.

Em relação à restrição ao contraditório e à ampla defesa, o Colegiado da Primeira Câmara, nos autos da Denúncia nº 932.692, na Sessão de 14/2/2017, em posicionamento semelhante, fixou o seguinte entendimento:

Isso porque condicionar a apresentação de impugnações à protocolização da documentação na sede do órgão licitante, pode, como afirmado pelo Órgão Técnico, restringir o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, inclusive, já decidiu este Tribunal, quando da apreciação da Denúncia n. 969107, pela Primeira Câmara, na sessão do dia 20/09/16, a saber:

No caso dos autos, o fato de a Administração ter recebido a impugnação eletrônica feita pela empresa MEGAFARMA Distribuidora Ltda. não rechaça o caráter restritivo do apontamento em questão, haja vista que a limitação da protocolização de questionamentos ao meio presencial pode ter afastado o interesse de outro licitante impugnar o certame, violando, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na espécie, para não incorrer nessa falha, é necessário que a Administração admita no instrumento convocatório, ainda que excepcionalmente, outras formas de interposição de impugnações, tais como: pela via postal, por e-mail e por fax, especialmente no caso dos autos, em que o fornecimento de pneus é cobiçado por fornecedores de outras localidades, muitas vezes distantes da sede do órgão licitante. Por essa razão, considero irregular o edital quanto a esse ponto.

Em que pese o edital do Pregão Presencial nº 59/2013 ter feito limitação à forma de impugnação ao instrumento convocatório, não foram comprovados, nos autos, eventuais prejuízos decorrentes da exigência em destaque, razão pela qual entendo que deve ser recomendado ao atual gestor que, nos futuros processos licitatórios, amplie as formas de impugnação ao edital e aos demais atos integrantes do procedimento licitatório, garantindo, assim, amplo acesso aos participantes.

##### **5. Exigência de apresentação de certidões negativas de débito, emitidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e pela Justiça do Trabalho, para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista**

O representante alegou que a exigência editalícia de apresentação de certidão negativa de débito expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social e pela Justiça do Trabalho, com vistas a demonstrar a regularidade fiscal e trabalhista, consubstancia irregularidade, sob o fundamento de violação ao princípio da isonomia.

Nesse sentido, sustentou que também deveria ter sido aceita a certidão positiva com efeito de negativa, pois “restringir a habilitação somente àqueles interessados que possuam certidão negativa de débito fere o princípio da isonomia e priva os licitantes que se encontram em situação de regularidade trabalhista de participarem da licitação”.

No relatório de fls. 479 a 489-v, a Unidade Técnica entendeu, em síntese, que a previsão editalícia não incorreu em desvio da finalidade legal, razão pela qual se manifestou pela improcedência do apontamento em questão.

Os responsáveis não apresentaram defesa nesse particular.

No reexame de fls. 556 a 578, a Unidade Técnica modificou seu entendimento inicial, por entender que a exigência de apresentação de certidões negativas de débito, para fins de demonstrar a regularidade fiscal e trabalhista dos licitantes, restringe a competitividade do certame, dado que inviabiliza que os detentores de certidão positiva com efeito de negativa participem do procedimento licitatório.

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 582 a 585-v, ratificou a fundamentação adotada inicialmente para demonstrar a irregularidade do apontamento em exame.

Relativamente ao fato representado, tive a oportunidade de examinar a matéria nos autos da Denúncia de nº 944.741, tendo assentado que, no tocante às certidões negativas tributárias, o Código Tributário Nacional – CTN equipara, expressamente, no art. 205, às certidões negativas de débito, as certidões que atestem “a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa” (certidão positiva com efeitos de negativa). No que se refere à certidão negativa de débitos trabalhistas, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, também equipara, no §2º do art. 642-A, a “Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas”, nas situações em que tenha sido verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, aos efeitos da “Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT”.

Ora, se a própria lei determina que a certidão positiva com efeito de negativa produz os mesmos efeitos das certidões negativas, não compete ao Administrador fazer distinção entre elas, de modo que, prevendo a aceitação de certidão negativa de débitos, deverá obrigatoriamente receber a certidão positiva com efeito de negativa como apta à comprovação da regularidade fiscal dos licitantes.

No caso ora analisado, apuro à fl. 18-v que o instrumento convocatório estabeleceu que deveriam ser apresentados na fase de habilitação:

11.1.2 – Certidão Negativa de Débito (CND) fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS);

[...]

11.1.6 – Prova de inexistência de débitos adimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Acerca do tema, registro, por oportuno, que o Colegiado da Primeira Câmara, no julgamento da Denúncia nº 862.865, ao enfrentar situação similar, considerou regular disposição editalícia que estipulou como requisito de habilitação a apresentação de certidões negativas de débito perante as Fazendas federal, estadual e municipal, a seguridade social e os órgãos trabalhistas, pelos seguintes fundamentos:

É que, no que diz respeito às certidões negativas tributárias, o Código Tributário Nacional – CTN equipara, expressamente, no art. 205, às certidões negativas de débito, as certidões que atestem “a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa” (certidão positiva com efeitos de negativa). No que se refere à certidão negativa de débitos trabalhistas, a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, também equipara, no §2º do art. 642-A, a “Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos da CNDT” à “Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT”.

Diante disso, se a própria lei determina que a certidão positiva com efeito de negativa produz os mesmos efeitos das certidões negativas, não compete ao Administrador fazer distinção entre elas, de modo que, prevendo a aceitação de certidão negativa de débitos, deverá obrigatoriamente receber a certidão positiva com efeito de negativa como apta à comprovação da regularidade fiscal dos licitantes.

Nesse contexto, entendo que só haverá ofensa à competitividade do certame, se, no caso concreto, o município deixar de habilitar o licitante que tenha apresentado certidão positiva com efeito de negativa. Não vislumbro, portanto, a ocorrência de irregularidade a viciar o procedimento licitatório nesse aspecto.

De toda sorte, para evitar dúvida de interpretação, é recomendável que a Administração, ao fixar os requisitos de habilitação a que alude o art. 29 da Lei nº 8666/93, refira-se à “regularidade fiscal” em detrimento de “certidão negativa”.

Assim, comungo do mesmo entendimento transcrito e considero que as cláusulas editalícias em exame não acarretaram violação ao princípio da ampla participação, notadamente porque nenhum licitante foi inabilitado no certame por apresentar certidão positiva com efeito de negativa.

Recomendo, contudo, à Administração que, ao fixar os requisitos de habilitação em certames futuros, faça uso dos termos “regularidade fiscal” e “regularidade trabalhista” em detrimento de “certidão negativa”, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de eventuais certidões positivas com efeito de negativa.

#### **6. Exigências de comprovação da quitação anual perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA como requisitos de habilitação**

O representante aduziu que a exigência de quitação anual perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA não encontra amparo nos requisitos de habilitação, para fins de qualificação técnica, previstos na Lei nº 8.666, de 1993.

Asseverou que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e deste Tribunal caminham no sentido da “impossibilidade de se exigir prova de quitação perante conselho profissional como requisito de habilitação”. Nessa linha argumentativa, arguiu que a competência para verificação da regularidade no pagamento de anuidades é do respectivo Conselho Profissional, que “não pode transformar a competência para expedir certidões de registro ou inscrição em meio coercitivo de cobrança de débitos de anuidades dos profissionais”.

Na sequência, afirmou que o art. 67 da Lei nº 5.194, de 1966, estabelece que o exercício legítimo da profissão depende, necessariamente, do adimplemento da anuidade pelo profissional, razão pela qual destacou que o Ministério Público junto ao Tribunal, ora representante, entende “ser possível que a Administração exija do licitante vencedor do certame, como requisito para a assinatura do contrato e/ou autorização para a execução dos serviços, a demonstração de regularidade da anuidade do engenheiro responsável técnico perante o respectivo conselho”, por intermédio de certidão de quitação ou de certidão positiva com efeito de negativa.

Esclareceu, ainda, que a sua irrisignação recai tão somente na exigência de prova de quitação perante o CREA, na fase de habilitação, para fins de qualificação técnica dos licitantes, de forma que nada impedia que essa exigência fosse feita apenas para o licitante vencedor do procedimento licitatório, como requisito para a celebração do contrato ou início da execução dos serviços.

A Unidade Técnica, no relatório de fls. 479 a 489-v, sustentou que o inciso I do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, delimita o rol de documentos hábeis à comprovação da qualificação

técnica, sendo que, no caso concreto, a seleção dos documentos que serão exigidos dos licitantes incumbe à Administração Pública, que exercerá essa atribuição em consonância com a complexidade do objeto a ser contratado. Acrescentou, ainda, que o § 5º do referido dispositivo normativo veda, expressamente, exigências não previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Os agentes públicos citados não se manifestaram nesse particular.

No reexame de fls. 556 a 578, a Unidade Técnica concluiu que, “embora a jurisprudência sobre o assunto caminhe no sentido de considerar irregular a exigência de prova de quitação junto ao Conselho Profissional como documento habilitatório, deve ser considerado que à época dos fatos não havia orientação assente sobre a matéria”. Assim sendo, pontuou que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deveria ser ponderada essa situação para fins de imputação de responsabilidade aos agentes públicos responsáveis.

No parecer de fls. 582 a 585-v, o Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o apontamento de irregularidade em exame e a fundamentação apresentada na peça inicial dos autos.

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

As exigências relativas à capacidade técnica, portanto, têm amparo constitucional e não constituem restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Entretanto, tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão somente constituir garantia mínima suficiente de que o licitante detenha capacidade de cumprir as obrigações que assumirá, caso seja contratado.

Pois bem. Extrai-se do subitem 11.1.5 do instrumento convocatório a imposição, como requisito de habilitação, de apresentação de:

11.1.5 – Prova de regularidade para com a Fazenda federal e com a Dívida Ativa da União, comprovada mediante fornecimento de Certidão conjunta de Quitação de Tributos e Contribuições Federais Administradas pela Secretaria da Receita Federal, Decreto nº 5.586 de 19/11/2005.

Sobre o tema, registro que o § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, veda a exigência de quaisquer comprovações não previstas em lei que impliquem restrição à competitividade do certame, como é o caso da imposição de apresentação de prova de quitação anual perante o respectivo conselho profissional.

Nesse sentido, convém destacar que esta Corte de Contas já teve a oportunidade de se manifestar acerca da irregularidade da exigência em análise, nos seguintes termos:

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. MÉRITO. OMISSÃO QUANTO À COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. LIMITAÇÃO NA COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE

QUITAÇÃO NA ENTIDADE PROFISSIONAL COMPETENTE.  
IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A omissão no edital de licitação quanto à documentação referente à qualificação econômico-financeira das licitantes, prevista no artigo 27, inciso III, e 31, §5º, da Lei de Licitações, coloca em risco a execução do objeto da contratação.

2. A comprovação de capacitação técnico-profissional prevista no artigo 30, §1º, inciso I, da Lei Federal nº 8666/93, pode ser feita mediante carteira profissional, contrato de trabalho, contrato social ou até por meio de declaração formal da sua disponibilidade na data da contratação, consoante estabelece o §6º da referida Lei de Licitações.

3. A exigência de quitação na entidade profissional competente, como comprovação de qualificação técnica, extrapola a previsão contida no artigo 30, inciso I, da Lei Federal nº 8666/93. (Destques meu.)

(Denúncia nº 986.973, Rel. Cons. José Alves Viana, Sessão da Segunda Câmara de 1º/3/2018).

DENÚNCIA. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONFECÇÃO E FORNECIMENTO DE CARTÕES ALIMENTAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CARTÃO DOTADO DE MICROPROCESSADOR COM CHIP. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE CREDENCIAMENTO NO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR. REGULARIDADES. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO E JUSTIFICATIVAS PARA OS ÍNDICES CONTÁBEIS. IRREGULARIDADES. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL JUNTO A CONSELHOS/ENTIDADES. EXIGÊNCIA DE NÚMERO MÍNIMO DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS NA FASE DE HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. PARCIAL PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A exigência de uso de chip no cartão alimentação não restringe a competitividade, porquanto tem o escopo de ampliar a segurança para o beneficiário, dificultando fraudes por clonagem, além de sinalizar evolução importante no setor.

2. Os índices contábeis devem ser indicados e devidamente justificados no processo administrativo da licitação, como determina o art. 31, § 5º da lei 8.666/93.

3. O art. 30, inciso I, da Lei nº 8.666/93 exige apenas a comprovação de registro ou inscrição na entidade profissional competente, não havendo referência à necessidade de comprovação de quitação com a referida entidade.

4. A exigência de número mínimo de estabelecimentos credenciados, na fase de habilitação, restringe a competitividade do certame, em desacordo ao art. 3º, caput, § 1º e inciso i, da lei nº 8.666/93. (Destques meu.)

(Denúncia nº 932.327, Rel. Conselheiro Wanderley Ávila, Sessão da Segunda Câmara de 1º/8/2017).

As ementas transcritas evidenciam que a exigência de quitação anual perante o respectivo conselho profissional a ser comprovada na fase de habilitação consubstancia irregularidade, por não encontrar amparo legal e afrontar o disposto no § 5º do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993.

A despeito disso, aquiesço à sugestão de ponderação feita pela Unidade Técnica, até mesmo porque, *in casu*, não vislumbro prejuízos ao certame decorrentes da exigência em destaque, sobretudo pelo fato de que quatro sociedades empresárias participaram do certame, conforme ata de abertura e julgamento do Pregão Presencial nº 59/2013 (fls. 386 e 387). Assim, apenas recomendo ao atual gestor que, nos futuros processos licitatórios, não exija, como requisito de

habilitação, a apresentação de prova da quitação anual junto ao respectivo conselho profissional.

#### **7. Ausência de definição de parâmetros objetivos para eventual subcontratação e previsão editalícia de possibilidade de cessão total do contrato**

Na peça inicial dos autos, o representante se insurgiu contra a previsão editalícia contida no subitem 14.9 do instrumento convocatório, ao argumento de que não foram estabelecidos parâmetros objetivos para eventual subcontratação, de modo que defendeu ser insuficiente o condicionamento desta à prévia e expressa concordância da Prefeitura. Argumentou que “a jurisprudência é firme no sentido de que a subcontratação é possível apenas dentro dos limites permitidos no ato convocatório, o qual não pode deixar de estabelecê-los de forma clara e objetiva”.

Além disso, sustentou que, nas situações em que haja impossibilidade da execução do contrato diretamente pelo licitante vencedor do certame, a Administração Municipal deveria rescindir o ajuste e realizar nova licitação. Nesse sentido, aduziu que “a cessão do contrato a empresa que não participou do certame constitui burla ao dever de licitar, além de expor a Administração ao risco de receber uma prestação mal executada”.

No relatório de fls. 479 a 489-v, a Unidade Técnica entendeu ser procedente o apontamento feito pelo representante, uma vez que não foram definidos os parâmetros objetivos para eventual subcontratação. Alegou ser necessária a autorização da subcontratação no edital e no contrato, sob pena de rescisão.

Os defendentes não se manifestaram especificamente sobre o apontamento de irregularidade em questão.

Em seu reexame de fls. 556 a 578, a Unidade Técnica pontuou que o art. 72 da Lei nº 8.666, de 1993, autoriza a subcontratação, conforme o caso, nos limites previamente estipulados. Arguiu que, no caso em exame, o subitem 14.9 do instrumento convocatório “apenas limitou a subcontratação à prévia e expressa concordância do contratante, sem estabelecer as parcelas que poderiam ser subcontratadas e os parâmetros da subcontratação”.

Às fls. 582 a 585-v, o Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o apontamento inicial de irregularidade.

Com efeito, extraio do subitem 14.9 do edital (fl. 134):

14.9. Os licitantes contratados não poderão ceder o contrato total ou parcialmente a terceiros, sem prévia e expressa concordância da contratante;

A subcontratação está prevista no art. 72 da Lei nº 8.666, de 1993:

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

A propósito do tema, Marçal Justen Filho aduz que “a subcontratação será admitida nos termos e limites previstos no instrumento convocatório” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 947).

Para Jessé Torres Pereira Júnior:

Em verdade, a norma do art. 72 estabelece uma regra geral e prevê a sua exceção. A regra: o contratado não pode subcontratar. A exceção: poderá subcontratar se for em parte e desde que tal possibilidade houvesse sido prevista no ato convocatório e no contrato, vedada a inclusão, em regulamento, de autorização genérica para subcontratar, uma vez

que a subcontratação terá de ser expressamente admitida em cada contrato, inclusive com a fixação de limite condizente com o objeto deste. (*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 762).

É importante destacar que a subcontratação total ou parcial do objeto não admitida no edital constitui motivo para rescisão do contrato, nos termos do inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993, razão pela qual o instrumento convocatório que indicar a possibilidade de subcontratação do serviço licitado deve, também, estabelecer os respectivos limites e critérios a serem observados.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1941/2006 – Plenário, expressamente determinou que, nos futuros processos licitatórios e contratos a serem celebrados pelo jurisdicionado, deveria constar nos editais “limites para subcontratação de obra, serviço ou fornecimento, de modo a evitar riscos para a Administração Pública, conforme disciplina o art. 72 da Lei n. 8.666/1993”.

A esse respeito, cito, ainda, o seguinte trecho do Acórdão 2992/2011 – Plenário, do TCU:

Faz-se fundamental, conluo, regular adequadamente as subcontratações. Os editais devem prever, explicitamente e objetivamente, os limites de admissibilidade para essas eventuais sub-rogações. Os instrumentos convocatórios, ainda, devem limitar – ou pelo menos regulamentar – tal possibilidade, mormente no que se refere às parcelas fundamentais do objeto.

Nesse sentido também é o entendimento deste Tribunal de Contas, materializado, a título de exemplo, nos autos da Denúncia nº 811.915, nestes termos:

Destarte, assim como a Unidade Técnica, entendo que a Administração deve dispor adequadamente da possibilidade de subcontratação no edital e no contrato, definindo claramente seus parâmetros, quando aceitável, pela interpretação dos art. 72 e 78, inciso VI, da Lei n. 8.666/93, pelo que considero irregular a ausência, no edital de Tomada de Preços n. 001/2009, dos limites para a subcontratação ali autorizada.

*In casu*, a despeito de a Administração ter contemplado, para a hipótese de subcontratação, a exigência de autorização prévia, não estabeleceu os limites permitidos para esses casos, razão pela qual reputo irregular a omissão editalícia.

No entanto, diante da inexistência de comprovação nos autos de que a ausência de previsão de limites para eventual subcontratação no edital tenha, de alguma forma, prejudicado a execução do contrato celebrado, até porque não há notícia ou prova de que tenha havido subcontratação, deixo de apenar os responsáveis pela licitação em exame.

Recomendo, porém, ao atual gestor que, nos editais futuros, estabeleça regras claras com relação à subcontratação e seus parâmetros.

### III – DECISÃO

Diante do exposto na fundamentação, julgo parcialmente procedentes os apontamentos constantes da representação, relacionados ao Processo Licitatório nº 165/2013, referente ao Pregão Presencial nº 59/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, por entender irregulares: a) exigência de apresentação de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação; b) ausência da planilha contendo a discriminação dos custos unitários do objeto licitado; c) restrição à forma de impugnação do edital apenas pela via presencial; d) exigência de comprovação de quitação anual perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA – como condição de habilitação; e e) ausência de definição de parâmetros objetivos para eventual subcontratação.

Ainda nos termos das razões expendidas na fundamentação, aplico multa pessoal e individual de R\$3.000,00 (três mil reais) ao Sr. Vinícius Barroso Andreata, por ter subscrito o edital, e ao Sr. Geraldo Donizete de Carvalho, por ter homologado o certame, com fulcro no inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102, de 2008.

Recomendo, ainda, ao atual gestor que, nos procedimentos licitatórios futuros: a) não inclua, na documentação exigida para fins de habilitação, documentos estranhos aos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993; b) faça constar expressamente a discriminação dos custos unitários do objeto licitado, de modo que o orçamento realizado pela Administração Municipal sirva, posteriormente, de baliza para a análise da aceitabilidade dos preços unitário e global propostos; c) amplie as formas de impugnação ao edital e aos demais atos integrantes do procedimento licitatório, garantindo, assim, amplo acesso aos participantes; d) ao fixar os requisitos de habilitação, faça uso dos termos “regularidade fiscal” e “regularidade trabalhista” em detrimento de “certidão negativa”, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de eventuais certidões positivas com efeito de negativa; e) não exija, como requisito de habilitação, a apresentação de prova da quitação anual perante o respectivo conselho profissional; e f) estabeleça regras claras com relação à subcontratação e seus parâmetros.

Determino que a intimação dos responsáveis seja realizada por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e pela via postal.

Intime-se também o representante desta decisão.

Cumpram-se as disposições do art. 364 da Resolução nº 12, de 2008, e, ao final, atendidos os demais procedimentos regimentais pertinentes, bem como as medidas estatuídas na Resolução nº 13, de 2013, arquivem-se os autos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** julgar parcialmente procedentes os apontamentos constantes da representação, relacionados ao Processo Licitatório nº 165/2013, referente ao Pregão Presencial nº 59/2013, promovido pela Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, por entenderem irregulares: **a)** exigência de apresentação de projeto aprovado de compartilhamento de infraestrutura como requisito de habilitação; **b)** ausência da planilha contendo a discriminação dos custos unitários do objeto licitado; **c)** restrição à forma de impugnação do edital apenas pela via presencial; **d)** exigência de comprovação de quitação anual perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA – como condição de habilitação; e **e)** ausência de definição de parâmetros objetivos para eventual subcontratação; **II)** aplicar multa pessoal e individual de R\$3.000,00 (três mil reais) ao Sr. Vinícius Barroso Andreata, por ter subscrito o edital, e ao Sr. Geraldo Donizete de Carvalho, por ter homologado o certame, com fulcro no inciso II do art. 85 da Lei Complementar nº 102, de 2008; **III)** recomendar ao atual gestor que, nos procedimentos licitatórios futuros: **a)** não inclua, na documentação exigida para fins de habilitação, documentos estranhos aos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666, de 1993; **b)** faça constar expressamente a discriminação dos custos unitários do objeto licitado, de modo que o orçamento realizado pela Administração Municipal sirva, posteriormente, de baliza para a análise da aceitabilidade dos preços unitário e global propostos; **c)** amplie as formas de impugnação ao edital e aos demais atos integrantes do procedimento licitatório, garantindo, assim, amplo acesso aos participantes; **d)** ao fixar os

requisitos de habilitação, faça uso dos termos “regularidade fiscal” e “regularidade trabalhista” em detrimento de “certidão negativa”, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de eventuais certidões positivas com efeito de negativa; e) não exija, como requisito de habilitação, a apresentação de prova da quitação anual perante o respectivo conselho profissional; e f) estabeleça regras claras com relação à subcontratação e seus parâmetros; **IV)** determinar que a intimação dos responsáveis seja realizada por meio de publicação no Diário Oficial de Contas e pela via postal; **V)** determinar a intimação também do representante desta decisão; **VI)** determinar o cumprimento das disposições do art. 364 da Resolução nº 12, de 2008; **VII)** determinar o arquivamento dos autos, ao final, atendidos os demais procedimentos regimentais pertinentes, bem como as medidas estatuídas na Resolução nº 13, de 2013.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 21 de fevereiro de 2019.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente

GILBERTO DINIZ  
Relator

*(assinado eletronicamente)*

jc/tp/mp

**CERTIDÃO**

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
**Coordenadoria de Sistematização de  
Deliberações e Jurisprudência**