

DENÚNCIA N. 1054240

Denunciante: Maciel Auditores S/S

Denunciada: Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG

Procuradores: Ana Rosa Lemos da Cunha Garzon – OAB/MG 83.475; Andreia Alvares Andrade de Carvalho – OAB/MG 95.338; Fernanda Camargos Carneiro Coelho Santos – OAB/MG 61.578; Luciane de Souza Saldanha – OAB/MG 73.172; Sérgio Eduardo Ávila Batista – OAB/MG 56.674; Silvana Lamounier – OAB/MG 162.170; Luís Felipe Canto Barros – OAB/RS 65.230; Roberta Santayana – OAB/RS 80.462; Édson Uiliam Bender de Oliveira – OAB/RS 81.009; Vitória Bastos Bernardi – OAB/RS 93.589

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

EMENTA

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE ENTIDADE EMPRESÁRIA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUDITORIA INDEPENDENTE. ALEGAÇÃO DE RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS PERTINENTES À APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DA VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. IMPROCEDÊNCIA.

1. O procedimento licitatório instaurado por empresa pública e por sociedade de economia mista submete-se a regime jurídico próprio, consagrado na Lei n. 13.303, de 2016, de modo que, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, não se aplicam à espécie as disposições da Lei n. 8.666, de 1993.
2. Os serviços de auditoria independente visam a assegurar confiabilidade às demonstrações contábeis da entidade auditada e, assim, conferir maior credibilidade às informações nelas contidas.
3. As exigências de capacidade técnica são compatíveis com o interesse público, na medida em que servem como parâmetro para selecionar licitante com experiência necessária para execução do objeto do futuro contrato.
4. Nas situações em que seja possível prorrogar o prazo do contrato, admite-se exigir comprovação de experiência mínima superior à vigência contratual inicialmente prevista no edital, desde que o período de experiência exigido não extrapole o prazo máximo admitido para o ajuste – incluídas possíveis prorrogações.
5. A experiência de auditoria das demonstrações que contemplem instrumentos de *hedge accounting* é essencial para conferir maior credibilidade à atuação da contratante e, em última análise, resguardar a execução do objeto licitado.
6. A exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que contemple, obrigatoriamente, a contabilização de benefícios pós-emprego, recai sobre parcela economicamente relevante do objeto licitado, razão pela qual encontra amparo no art. 58 da Lei n. 13.303, de 2016.

7. A exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que demonstre que o licitante tem experiência de auditoria em instituição financeira nacional com ativo patrimonial de, no mínimo, R\$10.573.398.000,00 (dez bilhões quinhentos e setenta e três milhões trezentos e noventa e oito mil reais) demonstra que a Administração pretendeu selecionar licitantes que já haviam auditado instituições financeiras do mesmo porte ou maiores que o do contratante, o que se justifica pelas peculiaridades do serviço licitado e pela necessidade de se resguardar a futura execução contratual.
8. A fixação do objeto da licitação e sua respectiva delimitação consubstanciam exercício de competência discricionária da Administração contratante, sendo certo que o ordenamento jurídico vigente impede o fracionamento de objetos que têm relação de interdependência.
9. Em casos excepcionais, sobretudo diante da complexidade do objeto licitado, é possível restringir o somatório de atestados para efeito de comprovação da qualificação técnica.

Segunda Câmara
7ª Sessão Ordinária – 14/03/2019

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos da denúncia, com pedido de liminar, formulada por Maciel Auditores S/S, em face do Pregão Eletrônico n. 33/2018, promovido pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG, para “contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de auditoria independente” (fl. 18).

A denunciante, consoante se extrai da peça vestibular de fls. 1 a 10, informou que impugnou administrativamente o edital, em razão da existência de disposições editalícias restritivas à competitividade do certame, bem como de exigências de qualificação técnica que não condiziam com o tipo “menor preço” adotado como critério de julgamento das propostas, sem, contudo, obter sucesso.

Aduziu, em síntese, que as disposições editalícias constantes nos subitens 2.4.4, 2.4.5, 2.4.5.1 e 2.4.6 restringiram o caráter competitivo do certame, oportunidade em que destacou que a Administração Pública deveria estimular, “de forma isonômica e transparente”, a competitividade dos procedimentos licitatórios. Acrescentou que o subitem 2.4.4 exigiu a apresentação de “atestado de capacidade técnica com especificidades desnecessárias” (fl. 3).

Além disso, asseverou que a execução do objeto licitado independia dos valores dos ativos da entidade responsável pela auditoria e da instituição financeira auditada. Com vistas a reforçar esse argumento, afirmou que o Tribunal de Contas da União considera “ilícita” as exigências de quantitativos mínimos superiores a 50% (cinquenta por cento) (fl. 4). Além disso, arguiu que Marçal Justen Filho entende que as exigências excessivas alusivas à qualificação técnica consubstanciam inconstitucionalidade.

Acostou aos autos tabela contendo “dados das principais instituições financeiras”, entre os quais a indicação das entidades responsáveis pelas suas auditorias externas e o ativo total discriminado em milhares de reais (fl. 5). Nesse sentido, destacou, na referida planilha, as instituições financeiras públicas para demonstrar que “nenhuma delas tem ativo total semelhante à instituição financeira licitadora, que teve apuração de ativo total no valor de R\$6.666.673.000,00” (seis bilhões seiscentos e sessenta e seis milhões seiscentos e setenta e três mil reais) (fl. 5-v).

Pontuou, ainda, que todas as entidades financeiras da planilha são auditadas pela *Big Four*, expressão que, segundo a denunciante, representa as quatro maiores entidades empresárias

internacionais do ramo de auditoria: *Deloitte, KPMG, Price e Ernest Young*. E, com base nisso, sustentou que “apenas essas quatro empresas teriam condições de atender às exigências do certame do BDMG”, o que, na sua concepção, evidenciaria o direcionamento do certame em favor dessas entidades empresárias (fl. 6).

Relativamente ao subitem 2.4.5, aduziu que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica, que comprovasse que o licitante executou serviços de auditoria independente para verificação de programas ou projetos, limitou, consideravelmente, os possíveis participantes do procedimento licitatório.

Complementou que “a limitação da apresentação de apenas dois atestados (itens 2.4.5.1 e 2.4.6) e da impossibilidade de somatório dos atestados para a comprovação do ativo patrimonial e para o número de operações de crédito ativas” corroboraram a ideia de que as disposições editalícias restringiram a competitividade do certame (fl. 6-v). Nesse contexto, registrou trechos de acórdãos do TCU que reforçariam esse entendimento e afirmou que a situação narrada compromete, até mesmo, a obtenção da proposta mais vantajosa (fls. 6-v e 7).

No tocante ao tipo de licitação adotado pelo BDMG, asseverou que, na modalidade pregão, utiliza-se o tipo “menor preço”, de modo que a Administração deve exigir dos licitantes, tão somente, os requisitos de qualificação técnica que sejam “absolutamente indispensáveis ao cumprimento do objeto licitado” (fl. 7-v).

Destacou que esses requisitos diziam respeito à “comprovação da realização de auditoria que pode ser até em outras entidades semelhantes”, mas que evidenciasse que a experiência ocorreu em conformidade com as “normas internacionais de contabilidade reconhecidas pelo Conselho Federal de Contabilidade” (fl. 7-v).

Afirmou que não se insurgia em face da adoção da modalidade pregão, porquanto o Tribunal de Contas da União já enquadrara os serviços de auditoria na estrutura conceitual de serviços comuns.

À vista dos fundamentos narrados, concluiu que “as exigências de qualificação técnica presentes nos itens objurgados são excessivas e em alguns casos até mesmo dispensáveis e deverão ser extirpadas ou alteradas no instrumento convocatório, de modo que, a presente licitação não poderá prosseguir sem tais alterações” (fls. 8-v e 9).

Ao final, requereu, liminarmente, a suspensão do certame até a decisão final desta denúncia e, no mérito, pugnou, em síntese, pela retificação do instrumento convocatório, para que fossem compatibilizadas as exigências de qualificação técnica com a modalidade e o tipo de licitação adotados pelo BDMG e, por via de consequência, preservado o caráter competitivo do certame e obtida a proposta mais vantajosa.

Preenchidos os requisitos regimentais estabelecidos no art. 301 da Resolução n. 12, de 2008, o Conselheiro Presidente, em 21/11/2018, conforme despacho de fl. 64, recebeu a documentação como denúncia, que foi a mim distribuída (fl. 65).

Intimados, o Sr. Nelson Henrique Barbosa Filho, Presidente do Conselho de Administração do Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S/A – BDMG, e o Sr. Sérgio Vieira de Souza Júnior, Pregoeiro e subscritor do edital, prestaram informações e acostaram aos autos a documentação de fls. 76 a 829.

À fl. 831, determinei a juntada da documentação protocolizada em 26/11/2018, na qual a Maciel Auditores S/S informou que “apenas duas empresas conseguiram atender aos requisitos excessivamente exigentes do instrumento convocatório” do Pregão Eletrônico BDMG n. 33/2018.

A Unidade Técnica e o Ministério Público junto ao Tribunal, respectivamente, no relatório de fls. 842 a 855-v e no parecer de fls. 858 a 865-v, entenderam pela improcedência da denúncia e, por conseguinte, sugeriram o arquivamento dos autos.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Nos autos desta denúncia, a Maciel Auditores S/S impugna itens inseridos no edital do Pregão Eletrônico n. 33/2018, promovido pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG, cujas regras e procedimento, é prudente esclarecer, submetem-se a regime jurídico próprio, consagrado na Lei n. 13.303, de 2016, de sorte que, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, não se aplica às estatais a Lei n. 8.666, de 1993.

Relativamente à matéria examinada, Alexandre Santos de Aragão preceitua que:

Um ponto interessante é que, salvo a encampação à legislação do pregão feita pelo já citado art. 32, IV, e à referência aos tipos penais e critérios de desempate da Lei 8.666/1993 feita pelos arts. 41 e 55, III, o Estatuto não elege a Lei 8.666/1993 ou qualquer outra como sua fonte subsidiária, seja de interpretação, seja de integração (*Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 228).

Nesse contexto, é de se afirmar, preambularmente, que os requisitos de qualificação técnica evidenciados no Pregão Eletrônico n. 33/2018 devem ser interpretados à luz das disposições da Lei n. 13.303, de 2016, notadamente daquelas contidas no inciso II do art. 58, as quais preceituam que a apreciação da qualificação técnica, para habilitação, ficará “restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório”.

Posto isso, passo à análise individualizada das irregularidades denunciadas, examinadas pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em cotejo com os esclarecimentos apresentados pelos responsáveis e com a documentação que instrui os autos.

1. Exigência de comprovação da capacidade técnica mediante demonstração da realização de serviços de auditoria independente de demonstrações contábeis em pelo menos dois exercícios sociais

A denunciante se insurgiu, em síntese, contra a disposição editalícia, prevista no subitem 2.4.4 do anexo II do instrumento convocatório, alusiva à apresentação de atestado de capacidade técnica para comprovação de que o licitante executou serviços de auditoria independente de demonstrações contábeis em pelo menos dois exercícios sociais, ao argumento de que essa exigência seria desnecessária, pois a contratação seria realizada por apenas doze meses.

Nesse sentido, destacou que a comprovação da capacidade técnica para um exercício social não retira a capacidade do licitante para a execução do objeto licitado em vários exercícios financeiros consecutivos e afirmou que, por isso, o edital restringiu a competitividade do certame, pois, a título de exemplo, impediu a participação de licitantes que tinham menos de dois anos de existência, mesmo que fossem detentores de todas as credenciais necessárias e tivessem experiência na execução de objeto semelhante.

Intimados, os Srs. Nelson Henrique Barbosa Filho, Presidente do Conselho de Administração, e Sérgio Vieira de Souza Júnior, Pregoeiro, informaram que “o BDMG é uma instituição financeira pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, não dependente, que atua em um mercado extremamente competitivo – o mercado bancário – e, ainda, extremamente regulado” (fl. 77).

Afirmaram que a estatal se submete à fiscalização do Banco Central do Brasil – Bacen, de maneira que suas demonstrações contábeis devem ser transparentes, nos termos do Acordo da Basileia II. Destacaram, ainda, que o Pronunciamento Internacional de Práticas de Auditoria n. 1004 registra que a opinião do auditor confere credibilidade às demonstrações contábeis e, com isso, contribui para a promoção da confiança no sistema bancário.

Diante desse cenário, asseveraram que a contratação dos serviços de auditoria externa deve ser robusta e sólida, razão pela qual o BDMG tem o dever de exigir da contratada “expertise e experiência anterior em entidade compatível com o seu porte, já que este fator é determinante para a eficaz prestação dos serviços” (fl. 78).

Nesse sentido, defenderam que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica, que comprovasse que o licitante executou serviços de auditoria independente de demonstrações contábeis em, pelo menos, dois exercícios sociais, não configurou direcionamento do certame, pois contribuiu para a demonstração da experiência e da capacidade de execução dos serviços em conformidade com os parâmetros de qualidade impostos pelo sistema financeiro nacional e internacional.

Acostaram a ementa do acórdão proferido na Apelação Cível n. 2015.51.01.018698-1, no qual o Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou provimento à apelação interposta pela Maciel Auditores S/S, ora denunciante, ao argumento de que, naquela ocasião, a qualificação técnica exigida pelo instrumento convocatório, “além de ser compatível e pertinente com o objeto da licitação, não inibiu a participação no certame tampouco fez com que a Administração deixasse de obter a proposta mais vantajosa” (fls. 81 e 82).

Aduziram que, a despeito de o edital prever a contratação do licitante vencedor para a prestação de serviços por apenas um exercício social, os serviços de auditoria são de prestação continuada, de maneira que o prazo originalmente contratado poderia ser prorrogado por até cinco anos. À vista disso, registraram trecho do Acórdão n. 1.214/2013, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), o qual traduz a ideia de que as exigências alusivas a prazos podem ser feitas até o limite das prorrogações sucessivas (fl. 86).

Acrescentaram que essa previsão editalícia constou também de editais de licitação do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, cujo regime jurídico se aproxima do aplicável ao BDMG.

Alegaram, também, que a Instrução Normativa n. 5, de 2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, dispõe que:

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração Pública poderá exigir do licitante:

(...)

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de experiência mínima de três anos na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;

(...)

10.6.1. É admitida a apresentação de atestados referentes a períodos sucessivos não contínuos, para fins da comprovação de que trata a alínea "b" do subitem 10.6 acima, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos.

Na manifestação de fls. 842 a 855-v, a Unidade Técnica entendeu que os esclarecimentos prestados pelos responsáveis evidenciaram que a exigência técnica em comento era razoável e

compatível com o objeto licitado, uma vez que tinha por finalidade garantir a execução do futuro contrato da forma que melhor atendesse ao interesse público.

Nesse sentido, afirmou que a Lei n. 13.303, de 2016, autoriza a prorrogação do contrato por até sessenta meses, o que, segundo o estudo técnico, demonstra que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica, alusivo à execução de serviços de auditoria independente de demonstrações contábeis por pelo menos dois exercícios sociais, era compatível e pertinente com o objeto do certame.

Acrescentou, ainda, que duas entidades empresárias participaram do procedimento licitatório e que o BDMG obteve “a proposta mais vantajosa, que foi no valor de R\$799.000,00, abaixo do valor de referência, este na ordem de R\$800.000,00” (fl. 847-v).

O Ministério Público junto ao Tribunal, no parecer de fls. 858 a 865, ratificou a manifestação técnica, opinando pela improcedência da denúncia.

Sobressai do subitem 2.4.4 do anexo II do edital a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica com vistas a demonstrar a qualificação técnica, nestes termos:

2.4.4. Atestado de capacidade técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove que a licitante executou serviços de auditoria independente de demonstrações contábeis em ao menos 2 (dois) exercícios sociais, que contemplem obrigatoriamente a contabilização de instrumentos financeiros destinados a hedge (*hedge accounting*) nos termos da Circular BACEN 3.082/2002 e a contabilização de benefícios pós emprego (exemplo: planos de aposentadoria, planos de saúde ou seguro de vida) nos termos do Pronunciamento Técnico CPC 33 (R1) – Benefícios a Empregados aprovado pela Resolução CMN 4.424/2015, a contar da data base de 31/12/2012, elaborada de acordo com a práticas contábeis adotadas no Brasil, que consideram as diretrizes contábeis emanadas da Lei n. 6.404/1976 e as alterações introduzidas pelas Leis n. 11.638/2007 e n. 11.941/2009, para a contabilização das operações, associadas às normas e instruções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (Bacen), em instituição financeira nacional com ativo patrimonial somado ao patrimônio de fundos públicos administrados controlados em contas de compensação, na data-base do relatório, em valor igual ou superior a R\$10.573.398.000,00 (dez bilhões, quinhentos e setenta e três milhões, trezentos e noventa e oito mil reais) e número de operações de crédito ativas igual ou superior a 18.000 (dezoito mil), que demonstre que a Licitante possui experiência e capacidade de auditoria de instituição financeira com este porte.

O excerto transcrito realça que foi exigido dos licitantes atestado de capacidade técnica que demonstrasse a execução de serviços de auditoria independente de demonstrações contábeis em, pelo menos, dois exercícios financeiros.

É manifesto que os serviços de auditoria independente têm por finalidade conferir confiabilidade às demonstrações contábeis da entidade auditada e, assim, propiciar maior credibilidade às informações nelas consubstanciadas.

Nesse sentido, entendo que, ao realizar procedimento licitatório para contratação de serviços dessa natureza, as instituições financeiras públicas devem exigir dos licitantes o preenchimento de requisitos de habilitação técnica que sejam compatíveis com a finalidade do próprio serviço de auditoria independente.

A despeito de a cláusula 4.1 da minuta contratual ter previsto prazo de vigência inicial de doze meses, ressaí, desse mesmo dispositivo contratual, a possibilidade de a Administração do BDMG prorrogar o ajuste por até cinco anos.

De acordo com a jurisprudência do TCU, invocada pelos Srs. Nelson Henrique Barbosa Filho e Sérgio Vieira de Souza Júnior, a exigência de comprovação de que os licitantes tenham

experiência temporal mínima na execução do objeto licitado pode ser feita até o limite das possíveis prorrogações sucessivas do futuro contrato.

Nessa linha de raciocínio, registro trecho do Acórdão n. 1.214/2013, proferido pelo Plenário do TCU, na Sessão de 22/5/2013:

[...]

III.b.3 – Experiência mínima de 3 anos

121. Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, **em prazo**, com o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas.

122. Não obstante a autorização legal, verifica-se que a Administração não fixa exigência relativa a prazo nas licitações e contrata empresas sem experiência, as quais, com o tempo, mostram-se incapazes de cumprir o objeto acordado.

123. Pesquisa apresentada pelo SEBRAE-SP demonstra que em torno de 58% das empresas de pequeno porte abertas em São Paulo não passam do terceiro ano de existência. Esse dado coaduna com a constatação da Administração Pública de que as empresas estão rescindindo, ou abandonando, os contratos, antes de completados os sessenta meses admitidos por lei.

124. Portanto, em relação ao prazo, a proposta do grupo é a comprovação de **experiência mínima de três anos** na execução de objeto semelhante ao da contratação.

[...]

E, relativamente ao prazo de duração dos contratos submetidos ao regime jurídico da Lei n. 13.303, de 2016, cabe transcrever o art. 71:

Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto:

I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

Parágrafo único. É vedado o contrato por prazo indeterminado.

In casu, esse dispositivo deve ser lido em cotejo com a Cláusula Quarta do Anexo IV do Edital do Pregão BDMG-33/2018, a qual estabelece que:

CLÁUSULA QUARTA – VIGÊNCIA DO CONTRATO

4.1. O contrato vigorará pelo prazo de 12 (doze) meses, contados de xx/xx/201x, prorrogáveis até 5 (cinco) anos, segundo a conveniência e oportunidade do BDMG.

O excerto transcrito evidencia que, apesar de a Administração ter previsto inicialmente a duração de doze meses para o contrato de prestação de serviços de auditoria independente, havia autorização expressa para prorrogação do ajuste por até cinco anos, cujo fundamento de validade pode ser extraído do art. 71 da Lei n. 13.303, de 2016.

Sobre a possibilidade de a Administração exigir, como requisito de habilitação, experiência mínima superior ao prazo de duração do contrato, sem computar as possíveis prorrogações,

entendo que deve ser aplicado o entendimento materializado no Acórdão n. 1.214/2013 do TCU, cujo excerto transcrevi linhas atrás.

A despeito de o referido acórdão analisar situação jurídica concreta regida pela Lei n. 8.666, de 1993, o fundamento utilizado pelo Plenário do TCU remete às mesmas razões de ser do caso em exame, o que me leva a aplicar a este caso o brocardo jurídico, consagrado pela hermenêutica jurídica de que “onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito” (*ubi eadem ratio ibi idem jus*).

Ora, em ambos os casos, isto é, no paradigma citado e neste ora em exame, havia exigência de comprovação de experiência mínima superior à vigência contratual inicialmente estabelecida pela Administração, sendo que os diplomas normativos responsáveis por reger cada uma das situações mencionadas previam, de modo similar, a possibilidade de prorrogação contratual por prazo maior do que o período exigido para fins de demonstração da experiência mínima.

Sob outra perspectiva, saliento que a exigência de comprovação de capacidade técnica mediante demonstração da realização do serviço licitado, em pelo menos dois exercícios financeiros, é compatível com o interesse público, na medida em que serve de parâmetro para selecionar licitante com experiência na prestação do serviço pretendido pela Administração contratante, até mesmo porque a qualidade dos serviços é imprescindível para a consecução do objeto contratual.

À vista do exposto, julgo improcedente a denúncia nesse particular.

2. Exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que contemple, obrigatoriamente, a contabilização de instrumentos financeiros destinados a *hedge accounting*

A denunciante asseverou que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que contemple, obrigatoriamente, a contabilização de instrumentos financeiros destinados a *hedge accounting* não era razoável, porquanto o trabalho do auditor independente segue metodologia e conjunto de normas profissionais provenientes do Conselho Federal de Contabilidade, similares às normas internacionais de contabilidade.

Na sequência, sustentou que a referida exigência ensejou restrição ao caráter competitivo do certame, sob a justificativa de que “não é possível visualizar o detalhamento como uma parcela relevante ao ponto de balizar o atestado técnica exigido para a contratação de todo o objeto que se pretende” (fl. 3-v).

Na manifestação de fls. 76 a 94, os Srs. Nelson Henrique Barbosa Filho e Sérgio Vieira de Souza Júnior informaram que “o BDMG contrata derivativos financeiros da modalidade *swap* para se proteger dos riscos de variação cambial e de indexadores internacionais decorrentes de contratos de captação externa de recursos” (fl. 88).

Nessa circunstância, alegaram que os derivativos contratados pelo BDMG, em conformidade com a Circular n. 3.082/2001 do Banco Central do Brasil – Bacen, têm a finalidade de *hedge* das captações externas. Pontuaram, ainda, que “os registros contábeis das operações de captação externa (objetos de *hedge*) e dos instrumentos financeiros derivativos (instrumentos de *hedge*) são realizados com base em seu valor de mercado”, de modo que “a variação no item objeto de *hedge* é compensada pela variação no instrumento de *hedge*, considerando o efeito acumulado da operação” (fl. 88).

Destacaram que esse procedimento contábil, intitulado *hedge accounting*, pode ser adotado apenas nas situações em que exista identificação documental do risco, objeto de *hedge*, com informações pormenorizadas sobre a operação e, cumulativamente, verifique-se que a

efetividade do *hedge*, medida em percentual, permanece dentro do intervalo previsto na referida circular.

Informaram, à fl. 89, que:

O saldo das captações externas do BDMG protegidas por instrumentos financeiros derivativos em 30/06/2018 totalizavam R\$100,118 milhões. As despesas de empréstimos no exterior somaram R\$86,607 milhões no 1º semestre de 2018 (Nota Explicativa 18 ii) e o resultado com operações de *swap* no mesmo período foi de R\$45,332 milhões (Nota Explicativa 18 i). Ou seja, o somatório das despesas de empréstimos no exterior líquido da proteção por *hedge* foi de R\$41,275 milhões, valor muito significativo em relação ao lucro líquido do primeiro semestre de 2018 que foi de R\$60,147 milhões.

Salientaram que os contratos pertinentes às captações externas e aqueles referentes aos derivativos têm cláusulas restritivas (*covenants*), as quais são observadas pelo BDMG, de sorte que o descumprimento dessas cláusulas acarreta “vencimento antecipado destes contratos, situação que poderia provocar transtornos ao BDMG junto às agências de *rating* e também no seu relacionamento com credores internacionais” (fl. 89).

Por fim, concluíram que a exigência de apresentação de atestado técnico que demonstrasse experiência de auditoria em contabilidade de instrumentos financeiros derivativos (*hedge accounting*) estava atrelada às atividades negociais do BDMG, objetivando “submeter a contabilização de suas operações, bem como seus controles internos, a empresa de auditoria que tenha expertise neste tema de modo a evitar desdobramentos que possam afetar seus negócios e sua imagem” (fl. 89).

A Unidade Técnica, na manifestação de fls. 842 a 855-v, afirmou que a contabilidade de derivativos era essencial para que o BDMG cumprisse cláusulas contratuais, que, se não observadas, poderiam causar transtornos à estatal perante às agências de *rating* e aos credores internacionais.

Nesse quadro, entendeu que os esclarecimentos apresentados pelos responsáveis foram capazes de demonstrar que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que contemplasse, obrigatoriamente, a contabilização de instrumentos financeiros destinados a *hedge accounting* era necessária para a garantia da execução contratual. Isso porque, segundo a Unidade Técnica, tal atividade consubstancia prestação de serviço complexa, que exige experiência na área, de forma que possível falha na execução da contabilização das operações de *hedge* poderia acarretar transtornos ao BDMG.

Acrescentou que a exigência em análise recaiu em parcela relevante do objeto licitado, na medida em que incidiu diretamente na atuação da estatal como banco de fomento. E afirmou, ainda, que esse requisito de qualificação técnica encontra amparo nos princípios da segurança jurídica e do interesse público.

No parecer de fls. 858 a 865-v, o Ministério Público junto ao Tribunal ratificou o exame técnico, ao argumento de que não há violação às normas legais e restrição à competitividade do certame, uma vez que “a comprovação da execução da contabilização de instrumentos financeiros para *hedge* (*hedge accounting*) é economicamente relevante” (fl. 860-v).

Com efeito, o BDMG, no exercício de suas atividades, realiza procedimento contábil, denominado *hedge accounting*, que visa a proteger a estatal contra os riscos inerentes às captações externas de recursos, decorrentes da variação cambial e dos indexadores internacionais.

Consoante narrado na manifestação dos responsáveis, os valores movimentados pelo BDMG são significativos, dado que transitam na casa dos milhões de reais, razão pela qual entendo,

na mesma linha da manifestação técnica e do parecer do Órgão Ministerial, que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica, que contemplasse a contabilização de instrumentos financeiros destinados a *hedge accounting*, incidiu, no caso em apreço, sobre parcela do objeto economicamente relevante.

Soma-se a isso o fato de que essa exigência objetiva proteger os contratos celebrados pelo BDMG no âmbito externo e, por via de consequência, resguardar tanto suas relações negociais quanto sua própria credibilidade no mercado financeiro.

À vista do exposto, não merece prosperar o argumento da denunciante, referente à desnecessidade dessa exigência, porquanto, conforme esclarecimentos prestados pelos responsáveis, a experiência de auditoria das demonstrações que contemplassem instrumentos de *hedge* era essencial para conferir maior credibilidade à atuação do BDMG e, em última análise, resguardar a futura execução do objeto licitado.

3. Exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que abrangesse, obrigatoriamente, a contabilização de benefícios pós-emprego

Relativamente ao apontamento em destaque, a denunciante sustentou, na mesma linha argumentativa do tópico anterior, que essa exigência era desnecessária para a execução do objeto licitado, reforçando que o licitante vencedor deveria observar as normas internacionais de contabilidade, consagradas pelo Conselho Federal de Contabilidade, as quais, segundo ela, seriam suficientes para a condução dos trabalhos.

Nos esclarecimentos prestados, os Srs. Nelson Henrique Barbosa Filho e Sérgio Vieira de Souza afirmaram que “o BDMG patrocina benefícios pós-emprego de previdência, de assistência médica e odontológica e de seguro de vida aos seus empregados que são contabilizados de acordo com o CPC 33 (R1) – Benefícios a Empregados, aprovado pela Resolução CMN n. 4.424/2015” (fl. 89).

Nesse contexto, acrescentaram que, em 30/6/2018, o passivo referente a esses benefícios totalizava o montante de R\$216.753.000,00 (duzentos e dezesseis milhões setecentos e cinquenta e três mil reais). Na sequência, alegaram que o registro contábil de benefícios pós-emprego é matéria específica e complexa, que exige profissionais com conhecimentos em ciências contábeis e ciências atuariais, sendo necessária, portanto, a comprovação da experiência dos licitantes nesse ramo.

Sustentaram que o objetivo da estatal era contratar licitante que apresentasse experiência em auditoria compatível com sua área de atuação e com a complexidade de suas relações negociais, de sorte que suas demonstrações financeiras refletissem com fidedignidade suas atividades. Destacaram, ainda, que “eventual erro de auditoria na contabilização de benefícios pós-emprego poderia resultar em desdobramentos indesejáveis junto às agências de *rating*, contratos de captação externa e relacionamento com empregados ativos e aposentados” (fl. 90).

No relatório de fls. 842 a 855-v, a Unidade Técnica entendeu que as informações prestadas pelos responsáveis foram suficientes para esclarecer o fato denunciado, ao argumento de que o objeto licitado era complexo e exigia, portanto, conhecimentos específicos, entre os quais a contabilização de benefícios pós-emprego. Afirmou que se essa atividade não fosse realizada corretamente poderia afetar negativamente a estatal, em razão do montante de R\$216.753.000,00 (duzentos e dezesseis milhões setecentos e cinquenta e três mil reais) destinado a essa modalidade de despesa.

No parecer de fls. 858 a 865-v, o Ministério Público junto ao Tribunal, amparado no inciso II do art. 58 da Lei n. 13.303, de 2016, aduziu que “a exigência é economicamente relevante

para a qualificação técnica do licitante, uma vez que a expertise mencionada pela instituição é necessária para auditar a contabilização dos benefícios pós emprego, que conforme apontado pela unidade técnica, é de valor consideravelmente alto” (fl. 861-v).

Nos procedimentos licitatórios em geral, a fase de habilitação objetiva avaliar o preenchimento, pelos licitantes, das condições preestabelecidas no instrumento convocatório, a fim de aferir a capacidade que os pretensos contratados possuem para celebrarem o ajuste com a Administração Pública.

Ao discorrer sobre o tema, Marçal Justen Filho esclarece que os requisitos de habilitação podem ser subdivididos em condições gerais e específicas de participação, nos termos a seguir aduzidos:

São genéricas aquelas exigidas no texto da lei para toda e qualquer licitação, independentemente das circunstâncias de uma situação concreta.

São específicas aquelas fixadas pelo ato convocatório, em função das características da contratação colimada em uma licitação específica. Cabe à Administração Pública, na fase interna da licitação, deliberar acerca da extensão e do conteúdo dos requisitos que serão exigidos daqueles que pretendem formular propostas (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 454).

A diversidade dos objetos licitados, combinada com a capacidade limitada do ser humano de prever todas as situações que podem ser objeto de procedimento licitatório, justifica as condições específicas de habilitação, que devem ser avaliadas na fase interna do certame e fixadas no instrumento convocatório, com vistas a assegurar a futura execução contratual.

De acordo com o inciso II do art. 58 da Lei n. 13.303, de 2016, citado linhas atrás, as exigências de qualificação técnica devem ficar restritas às parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de modo que, é preciso frisar, a restrição recaia sobre parcela do objeto que tenha relevância técnica ou, alternativamente, sobre parcela economicamente considerável.

Consoante se extrai do edital de fls. 18 a 44, o BDMG realizou o procedimento licitatório ora em exame para “contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de auditoria independente” (fl. 18).

Em verdade, a exigência de experiência na contabilização de benefícios pós-emprego poderia ensejar dúvida alusiva à relevância técnica para a execução do objeto licitado. Entretanto, é inegável que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que contemplasse, obrigatoriamente, a contabilização de benefícios pós-emprego recaiu sobre parcela economicamente relevante, pois, consoante informado pelos responsáveis, o passivo referente a esses benefícios totalizava R\$216.753.000,00 (duzentos e dezesseis milhões setecentos e cinquenta e três mil reais).

À vista disso, entendo que a exigência em exame encontra amparo nos negócios celebrados pela estatal, pelo que julgo improcedente o apontamento denunciado.

4. Exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que demonstrasse que a licitante possuía experiência de auditoria em instituição financeira nacional com ativo patrimonial de, no mínimo, R\$10.573.398.000,00 (dez bilhões quinhentos e setenta e três milhões trezentos e noventa e oito mil reais)

Para a denunciante, o valor exigido a título de experiência em entidade auditada “não garantia a expertise para a condução dos trabalhos”, de sorte que “bastaria a mera exigência de comprovação da realização de auditoria em instituições financeiras com ativo de valor até R\$3.500.000.000,00” (três bilhões e quinhentos milhões de reais) (fl. 3-v).

Na sequência, asseverou que a execução do objeto licitado independia do tamanho do ativo da entidade auditada e acrescentou que o TCU “tem posição firme neste sentido, usando inclusive a expressão ‘ilícita’ quando se depara com exigências de quantitativos mínimos superiores a 50%” (fl. 4). Na oportunidade, acostou aos autos trechos de acórdão do referido tribunal.

Nessa linha argumentativa, transcreveu fragmento da obra de Marçal Justen Filho, que traduz o posicionamento do autor pela inconstitucionalidade das exigências excessivas de qualificação técnica.

Com vistas a corroborar suas alegações, a denunciante colacionou tabela contendo dados das principais instituições financeiras do país, ocasião em que grifou as instituições financeiras públicas, para demonstrar que “nenhuma delas tem ativo total semelhante à instituição financeira licitadora, que teve apuração de ativo total no valor de R\$6.666.673.000,00” (fl. 5-v).

Acrescentou que as exigências de qualificação técnica não se justificavam, tendo em vista que, consoante se extrai da tabela, o BDMG sequer figura entre as trinta e cinco principais instituições bancárias do país.

Destacou, ainda, que todas as instituições financeiras constantes da tabela “são auditadas pelas *Big Four* (quatro maiores empresas internacionais do ramo da auditoria)”, motivo pelo qual concluiu que “apenas essas quatro empresas teriam condições de atender às exigências do certame do BDMG”, o que denotou o direcionamento do procedimento licitatório em favor das “*Big Four*” (fl. 6).

Na manifestação de fls. 76 a 94, os Srs. Nelson Henrique Barbosa Filho e Sérgio Vieira de Souza Júnior afirmaram que a denunciante interpretou de forma equivocada o aludido requisito de habilitação, ao argumento de que não se exigiu que o ativo patrimonial fosse superior a R\$10.573.398.000,00 (dez bilhões quinhentos e setenta e três milhões trezentos e noventa e oito mil reais), mas tão somente que “o somatório dos valores referentes ao ativo patrimonial e patrimônio de fundos públicos administrados controlados em contas de compensação seja igual ou superior àquele valor” (fl. 90).

Nesse sentido, informaram que a exigência em exame objetivava demonstrar a experiência das licitantes de realizar auditoria em instituições do mesmo porte do BDMG. Alertaram, ainda, que o ativo da instituição financeira não se confundia com o quantitativo máximo do serviço licitado, o qual era limitado a 50% da dimensão do serviço pretendido.

Acrescentaram que:

O ponto comum dos itens 2.4.4 e 2.4.5 do edital BDMG-33/2018 de exigência de atestado de capacidade técnica que demonstre que a licitante possua experiência e capacidade de auditoria em instituição financeira nacional com ativo patrimonial somado ao patrimônio de fundos públicos administrados controlados em contas de compensação, na data-base do relatório, em valor igual ou superior a R\$10.573.398.000,00 (dez bilhões quinhentos e setenta e três mil trezentos e noventa e oito reais) tem como referência:

- Ativo total: somatório de direitos e deveres do BDMG que totalizava R\$6.666.673 milhões em 30/06/2018 (Balanço Patrimonial – Total do Ativo – página 6 das Demonstrações Financeiras do BDMG de 30/06/2018);
- Patrimônio dos Fundos Públicos Administrados: somatório de direitos, deveres e obrigações dos fundos públicos que são geridos pelo BDMG que totalizava R\$3.906.725 milhões (Nota 23 – Administração de fundos de desenvolvimento – página 54 das Demonstrações Financeiras do BDMG de 30/06/2018. Esses fundos, por sua vez, geram

remunerações pelos serviços prestados que impactam o resultado do BDMG e que devem ser auditadas, por meio de procedimento previsto no item 2.1.6 do edital BDMG-33/2018.

Relativamente ao argumento de que não havia instituição financeira com ativo total semelhante ao do BDMG, aduziram que, conforme relação das instituições financeiras constante no sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, em 30/6/2018, havia 61 (sessenta e uma) instituições financeiras com ativos totais superiores aos do BDMG.

Para a Unidade Técnica (fls. 842 a 855-v), a exigência em causa objetivava selecionar entidade de auditoria que tivesse “capacidade operacional suficiente para a realização do objeto do certame, já que com esse volume de capital (referente ao do BDMG) infere-se que a licitante tenha mecanismo de governança e controle interno de maior porte que garantam informações contáveis menos sujeitas à manipulação por parte das respectivas administrações” (fl. 852).

Acrescentou que inexistem elementos nos autos que permitissem demonstrar que houve direcionamento do certame em favor das “*Big Four*”, conforme noticiado pela denunciante. Ademais, pontuou que “não houve restrição indevida à ampla participação no certame” (fl. 852).

No parecer de fls. 858 a 865-v, o Ministério Público junto ao Tribunal ratificou as conclusões da Unidade Técnica.

Pois bem. A exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que demonstrasse que a licitante tinha experiência de auditoria em instituição financeira nacional com ativo patrimonial de, no mínimo, R\$10.573.398.000,00 (dez bilhões quinhentos e setenta e três milhões trezentos e noventa e oito mil reais) revelou que a Administração pretendeu selecionar os licitantes que já haviam auditado instituições financeiras do mesmo porte ou maiores que o BDMG, o que se justificava pelas peculiaridades do serviço licitado e pela necessidade de se resguardar a futura execução contratual.

Ademais, o argumento da denunciante de que o requisito de habilitação em comento deveria ter se limitado a exigir do licitante experiência de auditoria independente em instituições financeiras com ativo de valor até R\$3.500.000.000,00 (três bilhões e quinhentos milhões de reais) é infundado, de modo que me parece que a denunciante deseja, em verdade, a modificação das condições de participação do certame, para que essas se adequem às suas experiências anteriores e, com isso, possa participar do procedimento licitatório.

Ocorre que a fixação do objeto da licitação e sua respectiva delimitação consubstanciam exercício de competência discricionária da Administração contratante, sendo que, a meu ver, não é possível afirmar que houve irregularidade na estipulação do requisito de habilitação em destaque, porquanto revelou ser indicativo voltado a assegurar a incolumidade da futura execução contratual e não desbordou dos limites impostos pela legislação de regência.

À vista do exposto, julgo improcedente o apontamento de irregularidade examinado neste tópico.

5. Exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que afirmasse que a licitante executou serviços de auditoria independente para verificação de programas ou projetos

Relativamente ao apontamento em evidência, a denunciante sustentou que, a despeito de a verificação de programas ou projetos ser interdependente, seu escopo era distinto do exame das demonstrações financeiras, razão pela qual, a seu juízo, deveria ser objeto de outro procedimento licitatório.

Asseverou que se esse não for o entendimento, no mínimo, “dever-se-ia aceitar a comprovação da experiência da auditoria de projetos em empresas de qualquer segmento no valor estimado para o projeto” (fl. 6).

Ao prestarem esclarecimentos às fls. 76 a 94, os responsáveis aduziram que a denunciante invadiu o âmbito de conveniência e oportunidade do BDMG ao pretender definir a parcela relevante em relação ao objeto licitado, ocasião em que sustentaram que a exigência em análise objetivou “auferir competência para verificação de programa ou projeto com recursos originários de organismos internacionais multilaterais” (fl. 92).

Nessa linha argumentativa, informaram que o *funding* do BDMG é formado, entre outros, por recursos provenientes de programas e projetos com finalidade específica, de modo que, ao aplicar esses recursos, o BDMG deve atender aos seus respectivos objetivos, sob pena de ensejar descumprimento contratual com vencimento antecipado.

Concluíram que, além de a exigência em exame consubstanciar parcela relevante do objeto, ela está em consonância com as atividades e os negócios exercidos pela estatal.

Com o intuito de reforçar suas alegações, acostaram trechos do contrato: a) AFD n. CBR1051 01 J – Anexo 2; b) celebrado entre o BID e o BDMG; c) celebrado entre o CAF e o BDMG.

Quanto a esse ponto, a Unidade Técnica, no relatório de fls. 842 a 855-v, entendeu que a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica que comprovasse que a licitante executou serviços de auditoria independente para verificação de programas ou projetos estava em consonância com as atividades do BDMG como banco de fomento e com a forma de constituição de seus fundos, que são formados pelos recursos provenientes desses programas e projetos. Nessa perspectiva, concluiu que a exigência em análise almeja demonstrar que a pretensa contratante tem experiência na área de atuação da estatal.

O Ministério Público junto ao Tribunal, em seu parecer de fls. 858 a 865-v, opinou pela regularidade do apontamento em questão, ao argumento de que “a exigência é economicamente relevante para qualificação técnica do licitante, nos termos do art. 58, inciso II, da Lei 13.303/16, uma vez que a verificação de programas ou projetos fazem parte do campo de atuação da instituição” (fl. 862-v).

Sobressai dos subitens 2.4.5 e 2.4.5.1 do anexo II do edital a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica com vistas a demonstrar a qualificação técnica, nestes termos:

2.4.5 Atestado de capacidade técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove que a licitante executou serviços de auditoria independente para verificação de programas ou projetos com recursos originários de organismos internacionais multilaterais ao menos 2 (dois) exercícios sociais, a contar da data base de 31/12/2012, em instituição financeira nacional com ativo patrimonial somado ao patrimônio de fundos públicos administrados controlados em contas de compensação, na data-base do relatório, em valor igual ou superior a R\$10.573.398.000 (dez bilhões, quinhentos e setenta e três milhões, trezentos e noventa e oito mil reais) e número de operações de crédito ativas igual ou superior a 18.000 (dezoito mil), que demonstre que a licitante possui experiência e capacidade de auditoria em instituição financeira com este porte.

2.4.5.1. Admite-se a apresentação de 2 (dois) atestados, sendo 1 (um) para cada exercício, para fins de comprovação da capacidade técnica exigida no item 2.4.5, desde que observadas as demais exigências previstas no item.

Com efeito, a fixação do objeto da licitação e sua respectiva delimitação consubstanciam exercício de competência discricionária da Administração do BDMG, de sorte que a denunciante não se desincumbiu do ônus de demonstrar que o juízo de conveniência e

oportunidade administrativa, inerente à essa espécie de competência, extrapolou os limites impostos pelo princípio da legalidade.

Pelo contrário, da leitura da peça vestibular, ressei que a irresignação da denunciante traduz a ideia de que a contratação de auditoria independente de programas e projetos deveria ser desmembrada do objeto ora licitado, o que, se ocorresse, afrontaria a vedação imposta pelo atual ordenamento jurídico alusiva à impossibilidade de fracionamento de objetos que possuam relação de interdependência.

No tocante à interdependência existente entre os mencionados objetos da auditoria independente, registro as próprias palavras da denunciante:

A verificação de programas/projetos é item interdependente, porém tem escopo específico e diverso das demonstrações financeira e, portanto, deveria abarcar outro procedimento licitatório. Ou no mínimo dever-se-ia aceitar a comprovação da experiência da auditoria de projetos em empresas de qualquer segmento no valor estimado para o projeto.

O excerto transcrito evidencia que o inconformismo da denunciante recai, em verdade, no fato de não preencher os requisitos de habilitação impostos pela Administração contratante e não propriamente na irregularidade da exigência editalícia em destaque, uma vez que sustenta que o BDMG deveria aceitar, repito, a comprovação de experiência de auditoria em entidades estatais de qualquer segmento, observando apenas o valor estimado para o objeto.

À vista do exposto, entendo que não procedem os argumentos deduzidos na peça inicial, alusivos ao apontamento de irregularidade examinado neste item.

6. Vedação ao somatório de atestados para comprovação da capacidade técnica

A denunciante se insurgiu em face da limitação da apresentação de apenas dois atestados e da impossibilidade de somatório dos atestados para fins de comprovação do ativo patrimonial e do número de operações de crédito ativas. Aduziu que essa vedação só é admitida em caráter excepcional e, ainda assim, se devidamente motivada.

Acrescentou que a jurisprudência do TCU aponta para a ilegalidade da vedação ao somatório de atestados, oportunidade em que acostou excertos do Acórdão n. 1983/2014 – Plenário, dos Informativos de Licitações e dos Contratos n. 107/2012 e 115/2012.

Destacou, ainda, que “os óbices colocados pela administração na edição do instrumento convocatório, inclusive, suplantam os prejuízos conferidos ao caráter competitivo e atingem a seleção da proposta mais vantajosa” (fl. 7).

O Srs. Nelson Henrique Barbosa Filho e Sérgio Vieira de Souza, na manifestação de fls. 76 a 94, alegaram que não era possível o somatório de atestados, já que “o ativo patrimonial e o número de operações de crédito mínimos determinam o porte da instituição financeira atestante, que deve ser no mínimo equivalente ao do BDMG” (fl. 91).

A Unidade Técnica entendeu que os esclarecimentos prestados pelos responsáveis foram suficientes para afastar o apontamento de irregularidade, pois “a admissão de somatório de atestados para a comprovação do ativo patrimonial e número de operações de crédito ativas acaba por desnaturar a comprovação do porte da instituição financeira auditada”, além de comprometer a demonstração da experiência necessária para a contratação.

No parecer de fls. 858 a 865-v, o Ministério Público junto ao Tribunal concluiu que as restrições impostas à apresentação de atestados estavam em conformidade com a complexidade das auditorias realizadas, pelo que entendeu ser improcedente a denúncia nesse particular.

Com efeito, os princípios da legalidade e da isonomia, insculpidos na Constituição da República, constituem alicerces do procedimento licitatório, haja vista que a licitação tem, por escopo, não só possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa, como também resguardar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar com a Administração Pública. Assim, não podem ser toleradas condições não previstas em lei, que resultem em preferência ou benefício de determinados licitantes em detrimento dos demais.

No âmbito da Lei n. 13.303, de 2016, a qualificação técnica do licitante encontra previsão legal no inciso II do art. 58 da Lei das Estatais, de maneira que o ato convocatório pode prever a apresentação de atestados restritos “a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório”, conforme dispõe o mencionado texto normativo.

Os atestados revelam a experiência anterior do licitante na execução de objetos similares ao licitado, em características, quantidades e prazos. A lógica que baseia a qualificação técnica envolve presunção de capacidade. Com base nisso, em um primeiro momento, seria possível entender que, quanto maior o grau de exigências, maior a presunção de que aqueles que as cumprem são capazes de executar as obrigações contratuais e, conseqüentemente, maior será a segurança para a Administração de promover a contratação pretendida.

Entretanto, o rigor exagerado na fixação de exigências dessa natureza pode restringir a competitividade do certame, pois, quanto maior for o nível das exigências, a tendência é que seja menor o número de licitantes aptos a cumpri-las.

Assim, com vistas a ampliar a competitividade, a regra é aceitar o somatório de atestados para fins de qualificação técnica. Nesse sentido, é o entendimento do TCU, cuja jurisprudência pacífica considera possível o somatório de atestados, independentemente de previsão editalícia, conforme se extrai do Acórdão n. 1.983/2014 – Plenário, do Acórdão n. 1.231/2012 – Plenário e do Acórdão n. 1.890/2006 – Plenário.

Esse entendimento geral, contudo, não afasta a possibilidade de que a restrição à soma de atestados ocorra quando o objeto licitado assim exigir. A esse respeito, o TCU manifestou-se mediante o Acórdão n. 2.150/2008 – Plenário:

[...]

16. Sob essa ótica, entendo que admitir a simples soma de atestados não se mostra o procedimento mais adequado para se aferir a capacidade técnico operacional das licitantes. Isso porque se uma empresa apresenta sucessivos contratos com determinados postos de trabalho, ela demonstra ter expertise para executar somente os quantitativos referentes a cada contrato e não ao somatório de todos. Em outras palavras, a demanda por estrutura administrativa dessa empresa está limitada aos serviços exigidos simultaneamente, não havendo que se falar em duplicação dessa capacidade operacional apenas porque determinado objeto executado em um exercício é novamente executado no exercício seguinte.

17. Em suma, não há porque, e aqui divirjo pontualmente da unidade técnica, supor que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão capacite a empresa automaticamente para a execução de objetos maiores. De forma exemplificativa, a execução sucessiva de dez contratos referentes a dez postos de trabalho cada não necessariamente capacita a empresa para a execução de contratos abrangendo cem postos de trabalho.

Vale, ainda, transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão n. 2.088/2004 – Plenário:

Com relação à proibição da soma de quantitativos de contratos distintos, não vislumbro prejuízo. É usual o estabelecimento de limites, com o intuito de evitar que a adição de

quantitativos irrisórios venha a amparar experiência inexistente no *currículum* do licitante. Apenas excepcionalmente, em razão da natureza dos serviços, tal medida poderia ser restritiva.

Portanto, em casos excepcionais, é possível restringir o somatório de atestados para efeito de comprovação da qualificação técnica. Friso que essa vedação, para o fim de comprovação da capacidade técnica, deve estar restrita aos casos em que o aumento de quantitativos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou desproporção entre quantidades e prazos de execução, capazes de exigir maior capacidade operativa e gerencial do licitante e ensejar potencial comprometimento da qualidade ou da finalidade almejada na contratação, devendo a restrição ser justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo.

No caso em apreço, sobressai da cláusula 2.4.6 do edital que:

2.4.6. No atendimento à exigência dos itens 2.4.4 e 2.4.5, não será admitido o somatório de atestados para fins de comprovação do ativo patrimonial, nem tampouco do número de operações de crédito ativas.

De fato, na linha da informação da Unidade Técnica, ratificada pelo *Parquet* de Contas, a admissão do somatório de atestados, a fim de comprovar o ativo patrimonial e o número de operações de crédito ativas, poderia desnaturar a demonstração do porte da prestadora do serviço de auditoria independente, além de comprometer a comprovação da experiência necessária para garantir o sucesso da futura execução contratual.

A imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação da qualificação técnica somente é possível quando a natureza da obra ou do serviço assim o exigir, devendo, nesse caso, a pertinência e a necessidade estarem justificadas em estudos técnicos nos autos do procedimento administrativo.

Embora não tenha sido comprovado, nestes autos, que a motivação da restrição do somatório de atestados foi apresentada pela entidade promotora da licitação, à época da elaboração do procedimento, percebe-se dos esclarecimentos subscritos pelos responsáveis que a vedação contida no subitem 2.4.6 não suplantou o aceitável, em face da particularidade do objeto licitado.

A propósito desse apontamento, recomendo à administração do BDMG que, nos futuros procedimentos de licitação, motive a vedação excepcional alusiva ao somatório de atestados, de modo a demonstrar a pertinência e a necessidade dessa restrição.

7. Compatibilidade entre as exigências de qualificação técnica e a modalidade licitatória “pregão” adotada pelo BDMG

A denunciante aduziu que, nas licitações realizadas na modalidade pregão, a Administração Pública deve exigir dos licitantes, a título de qualificação técnica, apenas os documentos “absolutamente indispensáveis” à execução do objeto licitado, ocasião em que concluiu que “as exigências de qualificação técnica presentes nos itens objurgados são excessivas e em alguns casos até mesmo dispensáveis” (fl. 8-v).

Frisou que não se discute a natureza do serviço licitado, porquanto o TCU já pacificou o entendimento de que os serviços de auditoria são comuns, de modo que nada impede sua contratação por meio de pregão.

Nos esclarecimentos de fls. 76 a 94, os Srs. Nelson Henrique Barbosa Filho e Sérgio Vieira de Souza afirmaram que a modalidade de licitação utilizada na contratação do serviço de auditoria independente e as exigências de qualificação técnica adequadas para apuração da *expertise* na execução de um serviço complexo são compatíveis entre si.

Isso porque, segundo eles, as referidas exigências pretendem verificar tanto a capacidade técnico-profissional quanto a capacidade técnico-operacional dos licitantes interessados em participarem do pregão, de modo a “garantir que aqueles que vierem contratar com a Administração Pública cumprirão suas obrigações contratuais, com qualidade e eficiência” (fl. 83).

No relatório de fls. 842 a 855-v, a Unidade Técnica entendeu que inexistente relação de causalidade entre as exigências de habilitação e a modalidade pregão, ao argumento de que o fato de os serviços de auditoria serem comuns não interfere nos requisitos de habilitação, pois esses são fixados para garantir a segurança da contratação.

O Ministério Público junto ao Tribunal, em seu parecer de fls. 858 a 865, ratificou o estudo técnico.

Acerca do apontamento em questão, entendo que a regularidade da modalidade de licitação escolhida pelo BDMG consubstancia fato incontroverso, de tal forma que a irrisignação da denunciante recai, tão somente, na alegação de incompatibilidade das exigências de qualificação técnica com a via eleita pela Administração para efetivar a futura contratação (pregão). É dizer: a denunciante reputa como excessivos os requisitos exigidos no instrumento convocatório, a fim de demonstrar a qualificação técnica dos licitantes interessados em contratar com o BDMG.

E, conforme analisado nos itens precedentes, não foram comprovados apontamentos de irregularidade no edital do Pregão BDMG n. 33/2018, razão pela qual, acorde com o estudo técnico e com a manifestação do Órgão Ministerial, uma vez demonstradas a necessidade e a pertinência das exigências de qualificação técnica constantes no instrumento convocatório, não vislumbro excesso nos requisitos previstos no edital, tampouco considero procedente a alegada impropriedade salientada pela denunciante nesse particular.

III – DECISÃO

Diante do exposto na fundamentação, julgo improcedentes os apontamentos de irregularidades apresentados na denúncia formulada pela Maciel Auditores S/S, em face do Pregão Eletrônico n. 33/2018, promovido pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG, porquanto não foram comprovadas violações às regras e aos procedimentos que regem a matéria, sobretudo aqueles disciplinados na Lei n. 13.303, de 2016.

Recomendo ao atual gestor do BDMG que, nos futuros procedimentos de licitação, motive a vedação excepcional alusiva ao somatório de atestados, de modo a demonstrar a pertinência e a necessidade dessa restrição.

Intime-se, também, a denunciante da decisão.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos, com fundamento nas disposições regimentais em vigor.

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: **D** julgar improcedentes os apontamentos de irregularidades apresentados na denúncia formulada pela Maciel Auditores S/S, em face do Pregão Eletrônico n. 33/2018, promovido pelo Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais – BDMG, porquanto não foram comprovadas violações às regras e aos procedimentos que

regem a matéria, sobretudo aqueles disciplinados na Lei n. 13.303, de 2016; **II)** recomendar ao atual gestor do BDMG que, nos futuros procedimentos de licitação, motive a vedação excepcional alusiva ao somatório de atestados, de modo a demonstrar a pertinência e a necessidade dessa restrição; **III)** determinar a intimação, também, da denunciante da decisão; **IV)** determinar o arquivamento dos autos, transitada em julgado a decisão, com fundamento nas disposições regimentais em vigor.

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

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 14 de março de 2019.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

GILBERTO DINIZ
Relator

(assinado eletronicamente)

jc/SR

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**