Processo: **1084645**

Natureza: **DENÚNCIA**

Denunciante: Franciele Fernandes Braga

Jurisdicionado: Município de São José da Varginha

Responsáveis: Vandeir Paulino da Silva, Jonathan Michael Gomes Duarte

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER

SEGUNDA CÂMARA – 4/6/2020

DENÚNCIA. MUNICÍPIO. PROCESSO LICITATÓRIO. CONVITE. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA. ÊNFASE EM LICITAÇÕES E CONTRATOS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, AMPLA COMPETIÇÃO E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA POR MEIO DA APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS FORNECIDOS, EXCLUSIVAMENTE, POR PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. CLÁUSULA DE CARÁTER RESTRITIVO. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO NO EDITAL DAS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA DO OBJETO PARA FINS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. FALTA DE CLAREZA E OBJETIVIDADE DO DISPOSITIVO EDITALÍCIO. PRESENTES OS REQUISITOS DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

1. A ausência de definição no edital das parcelas de maior relevância do objeto para fins de qualificação técnica, especialmente considerando o vasto elenco de serviços listados pela administração, compromete, aparentemente, a objetividade no julgamento das propostas e, por via de consequência, a competitividade, a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa.
2. A administração deve demarcar o que seja essencial para demonstrar a capacidade de execução satisfatória do contrato, conforme estabelecido no art. 37, XXI, da Constituição da República, não se podendo exigir a comprovação de que a licitante tenha realizado serviços exatamente como descrito no instrumento convocatório.
3. A presença de possíveis restrições à competitividade no edital referentes à exigência de atestado para comprovação da capacidade técnica, é condição grave o suficiente para ensejar a suspensão do certame.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade das Notas Taquigráficas, em referendar a decisão monocrática que:

I) determinou, com fulcro no art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal e no art. 267 do Regimento Interno, a suspensão do processo licitatório 010/2020, convite 01/2020, na fase em que se encontrava, deflagrado pelo município de São José da Varginha, até que fosse resolvido o mérito da presente denúncia, devendo os responsáveis se

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717

absterem de promover quaisquer atos que ensejassem o seu prosseguimento, sob pena de anulação e de aplicação de sanção pecuniária, nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal;

II) determinou, em caráter de urgência, por *e-mail*, a intimação da denunciante e dos Srs. Jonathan M. Gomes Duarte e Vandeir Paulino da Silva, respectivamente, presidente da comissão permanente de licitações e prefeito municipal, acerca da decisão;

III) fixou o prazo de 5 (cinco) dias para que a administração municipal, na pessoa dos referidos agentes públicos, comprovasse nos autos a adoção da medida ordenada, mediante a publicação do ato de suspensão, sob pena de multa, nos termos do acima citado art. 85, III, da Lei Orgânica;

IV) determinou, transcorrido o prazo recursal pertinente, o encaminhamento dos autos à unidade técnica e, em seguida, ao Ministério Público de Contas para elaboração de manifestação preliminar.

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

Presente à sessão o Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria.

Plenário Governador Milton Campos, 4 de junho de 2020.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

VICTOR MEYER
Relator

(*assinado digitalmente*)

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

6ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara – 04/06/2020

CONSELHEIRO SUBSTITUTO VICTOR MEYER:

REFERENDUM

Trata-se de decisão monocrática que proferi no processo em epígrafe, nos seguintes termos:

> Trata-se de denúncia, com pedido liminar, formulada por Franciele Fernandes Braga, em face de possíveis irregularidades no processo licitatório 010/2020, convite 01/2020, promovido pelo município de São José da Varginha, com vistas à contratação de serviços de assessoria e consultoria jurídica, com ênfase em licitações e contratos.
>
> Em 05/03/2020, antes de me manifestar sobre o pedido cautelar de suspensão do certame, determinei a intimação dos Srs. Jonathan M. Gomes Duarte e Vandeir Paulino da Silva, respectivamente, presidente da comissão permanente de licitações e prefeito municipal (e subscritores do edital), para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apresentassem esclarecimentos acerca dos fatos denunciados e encaminhassem toda a documentação relativa às fases interna e externa da licitação.
>
> Em resposta à diligência, foi juntada a documentação de fls. 111/285, vindo-me os autos conclusos na presente data.
>
> Na inicial, a denunciante suscita a ocorrência de ilegalidade na condução do processo licitatório, uma vez que a sua inabilitação não teria observado o disposto no edital e contrariado os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, ampla competição e supremacia do interesse público.
>
> A inabilitação da denunciante decorreu de suposto descumprimento à cláusula 1.27 do título VII do instrumento convocatório, que exige, como documento de habilitação, "pelo menos um atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público, comprovando aptidão do licitante para desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação" (fl. 55).
>
> Da leitura do referido dispositivo, verifica-se que o atestado em questão tinha de observar 2 (dois) requisitos fundamentais, quais sejam: (I) ser fornecido por pessoa jurídica de direito público e (II) ser capaz de comprovar a aptidão do licitante para desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação.
>
> De início, embora não tenha sido alvo de questionamento por parte da denunciante, uma questão que merece destaque diz respeito ao fato de que a comprovação de experiência se dê mediante a apresentação de atestados fornecidos, exclusivamente, por pessoas jurídicas de direito público, restringindo, assim, a apresentação de atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito privado (empresas públicas e privadas), em aparente descumprimento ao disposto no art. 30, § 1º, da Lei 8.666/1993.
>
> O referido dispositivo, vale ressaltar, estabelece que:
>
> > Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
> >
> > (...)
> >
> > § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
> >
> > (...)

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717

O § 5º do citado artigo, por sua vez, veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas na Lei, que inibam a participação na licitação.

Condicionar o fornecimento de atestados, exclusivamente, a pessoas jurídicas de direito público potencialmente propicia a exclusão de interessados no certame, diante da fixação de requisito de caráter indevidamente restritivo.

Sobre a questão, esta Corte já se pronunciou em múltiplas oportunidades, a exemplo das decisões proferidas nas denúncias 811.915 (Segunda Câmara, 04/10/2012), 874.068 (Segunda Câmara, 06/02/2014) e 1.015.672 (Segunda Câmara, 1º/08/2017), nas duas últimas, inclusive, ensejando a suspensão cautelar das licitações em exame.

Nesse contexto, em sede de cognição sumária, constato a existência de indício de irregularidade na cláusula 1.27 do título VII do instrumento convocatório (repetida no item 1.17.1 do mesmo título), que pode frustrar o caráter competitivo do certame e, consequentemente, impactar a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração.

Em relação ao objeto da licitação, diretamente ligado à decisão de inabilitação da denunciante, cumpre transcrever a cláusula 4.2 do anexo I do edital, a qual prevê, de modo geral, os serviços a serem prestados à prefeitura municipal de São José da Varginha:

> 4.2. Assessoria e consultoria jurídica: na área de licitações e contratos, confeccionando pareceres; exame prévio dos atos administrativos praticados pela Administração Municipal, sob o ponto de vista jurídico; emissão de pareceres e estudos técnicos de ordem jurídica; fornecimento de informações de ordem verbal ou escrita; instrução de processos; assessorar os serviços administrativos, legislativos e financeiros, sob a ordem jurídica; assessorar as comissões permanentes ou provisórias; assessorar a controladoria interna do Município; defender os interesses do Município no Poder Judiciário; e executar tarefas relacionadas.

A seu turno, as cláusulas 5.1 e seguintes do citado anexo especificam as principais atribuições do contratado, a saber:

> 5.1. Prestar assessoria e consultoria ao setor de licitações quanto à elaboração dos editais de licitação, modalidades de licitações, orçamentos, termo de referência, minutas de contratos, atas de registro de preços, e publicações;
>
> 5.2. Auxiliar na elaboração de pareceres, análise de recursos, impugnações e consultas aos editais;
>
> 5.3. Orientar a comissão permanente de licitações e a equipe de Pregão quanto ao julgamento das propostas, elaboração de atas e demais procedimentos;
>
> 5.4. Orientar e acompanhar os pregões realizados pelo município;
>
> 5.5. Orientar na manutenção das licitações nos sistemas próprios da prefeitura municipal até o empenho;
>
> 5.6. Atendimento de consultas nas áreas de direito constitucional, administrativo, financeiro e tributário, bem como nas áreas de fiscalização e controle das contas públicas, formuladas de forma oral e/ou escrita;
>
> 5.7. Apresentação de sustentação oral, dos pareceres redigidos, caso sejam solicitados;

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717

5.8. Envio de circulares técnicas, quando necessário, com objetivo de disponibilizar informações técnicas com atualização de matérias novas e, ainda, como orientação sobre sua aplicabilidade;

5.9. Prestação de serviços jurídicos (contenciosos) junto à Justiça Comum, Federal Trabalhista ou Eleitoral, bem como ao Tribunal de Contas do Estado, em procedimentos de interesse do Município;

5.10. Acompanhamento de processos judiciais junto aos foros e qualquer instância da Justiça Estadual, Federal e Trabalhista, em curso ou que forem intentados, em que figurar o Município como parte ou interessado, à exceção de processos especiais onde for contratada banca especializada;

5.11. Prestação de serviços em caráter urgente, fora do horário normal de expediente, segundo solicitação e a critério da autoridade superior;

5.12. Despacho de processos administrativos internos e externos, de interesse do Município;

5.13. Orientar as atividades de todos os setores da Administração Municipal, fornecendo subsídios para a realização das atividades rotineiras emitindo pareceres escritos ou consultas;

5.14. Orientar nos atos de gestão e decisões administrativas;

5.15. Auxiliar na elaboração de ofícios, portarias, memorandos, despachos e outros documentos de natureza administrativa, atos internos ou externos;

5.16. Auxiliar a Comissão Permanente de Licitação e Pregão, em editais e no procedimento licitatório ou no que couber;

5.17. Elaborar ajustes, acordos, termos, aditivos e qualquer instrumento de interesse do Município;

5.18. Acompanhar e controlar o vencimento de todo e qualquer ajuste celebrado ou a celebrar;

5.19. Elaborar relatórios e pareceres;

5.20. Verificar o andamento dos feitos judiciais e administrativos;

5.21. Assessorar a Controladoria Interna do Município, auxiliando na elaboração de relatórios e pareceres;

5.22. Emitir procurações e substabelecimento se for o caso;

5.23. Executar qualquer serviço relacionado às rotinas de assessoria e consultoria jurídica administrativa e/ou contenciosa, de obrigação legal e imprescindível para o Município.

Assim, conforme mencionado, o atestado de capacidade técnica exigido no certame tem de ser capaz de comprovar a aptidão do licitante para desempenho de atividade compatível com as citadas acima.

Parece-me que, mais relevante do que a controversa exclusão da denunciante, revela-se o fato de o edital carecer de precisão adequada à aferição e comprovação da qualificação técnica das interessadas, sejam elas pessoas jurídicas ou físicas, na medida em que não define os itens e as parcelas mais relevantes do objeto, implicando possível conflito com o princípio do julgamento objetivo.

Reitera-se que o instrumento convocatório exigiu "pelo menos um atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público, comprovando aptidão do licitante para desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação" (sem grifos no original).

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717

Desse modo, uma interpretação possível que decorre dessa exigência permite que a administração, de forma subjetiva, inabilite qualquer licitante que não comprove experiência anterior em apenas uma das mais de 20 (vinte) atribuições elencadas nas cláusulas 5.1 a 5.23 do termo de referência, o que seria deveras desarrazoado.

É entendimento sumulado no TCU que, "para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado" (súmula TCU 263).

Em regra, portanto, não se pode exigir a comprovação de que a licitante tenha realizado serviços exatamente como descrito no instrumento convocatório, devendo a administração demarcar o que seja essencial para demonstrar a capacidade de execução satisfatória do contrato, conforme estabelecido no art. 37, XXI, da Constituição da República.

Entendo, diante disso, que a ausência de definição no edital das parcelas de maior relevância do objeto para fins de qualificação técnica, especialmente considerando o vasto elenco de serviços listados pela administração, compromete, aparentemente, a objetividade no julgamento das propostas e, por via de consequência, a competitividade, a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa.

Cumpre esclarecer que a aparente irregularidade, nesse caso, não reside na exigência em si mesma, mas na falta de clareza e objetividade do dispositivo editalício, que, da forma como fora redigida, dá azo a subjetivismos quando da análise da documentação de habilitação.

Quanto ao documento apresentado pela denunciante a título de qualificação técnica (fl. 56), verifico que este certifica que a Sra. Franciele Fernandes Braga foi servidora da prefeitura de São José da Varginha no período de 1º/08/2013 a 22/09/2014, 09/02/2015 a 1º/02/2017 e 02/07/2017 a 1º/08/2018, sendo este último período na condição de estagiária de Direito.

Certifica, ainda, que a Sra. Franciele exercia, com "bom desempenho operacional" as funções de "auxílio à assessoria jurídica em licitações, acompanhamento de peças processuais, elaboração de pareceres jurídicos, contratos, projetos de leis, decretos, ofícios, portarias e demais áreas pertinentes ao direito dentro da administração municipal".

A decisão administrativa de inabilitação da licitante, por sua vez, se baseou em parecer subscrito pelo procurador municipal Leonardo Felippe Sarsur, que concluiu pela exclusão da denunciante com base nos seguintes fundamentos:

> a) O atestado foi emitido pela chefe do departamento de pessoal da prefeitura (agente que seria incompetente para tal), e não pela procuradoria jurídica do município ou pelo prefeito municipal;
> b) A função de estagiária de Direito não atesta a qualificação técnica exigida no certame, uma vez que os serviços constantes do edital seriam próprios da advocacia;

Tais pontos foram reforçados pela administração municipal na manifestação de fls. 111/124.

A exclusão da denunciante foi fundamentada em razões, que, em cognição sumária, não me parecem descabidas.

Isso porque o estágio acadêmico, por definição da Lei 11.788/2008, é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa ao aprendizado e

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717

à preparação para o trabalho de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

Não se confunde, portanto, com a atividade profissional propriamente dita objeto da licitação em análise, que, presumivelmente, requer nível de responsabilidade mais elevado do que o exigido do estagiário.

Nesse contexto, para fins de análise de pedido cautelar, não observo indícios de irregularidade na exclusão da Sra. Franciele Fernandes Braga do certame.

Não obstante, as questões anteriormente tratadas, atinentes aos termos do edital referentes à exigência de atestado para comprovação da capacidade técnica, indicam possíveis restrições à competitividade graves o suficiente para ensejar a suspensão do certame.

Por todo o exposto, em fase de exame perfunctório dos autos, entendo presentes os requisitos do *fumus boni juris* (comprovação de experiência por meio da apresentação de atestados fornecidos, exclusivamente, por pessoas jurídicas de direito público e ausência de definição no edital das parcelas de maior relevância do objeto para fins de qualificação técnica) e *periculum in mora* (iminência de finalização do certame, com a abertura das propostas comerciais), razão pela qual **defiro** o pedido cautelar feito pela denunciante e, com fulcro no art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal e no art. 267 do Regimento Interno, **determino a suspensão** (*ad referendum* da Segunda Câmara), na fase em que se encontra, do processo licitatório 010/2020, convite 01/2020, deflagrado pelo município de São José da Varginha, até que seja resolvido o mérito da presente denúncia, devendo os responsáveis se absterem de promover quaisquer atos que ensejem o seu prosseguimento, sob pena de anulação e de aplicação de sanção pecuniária, nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal.

À **Secretaria da Segunda Câmara** para que proceda em caráter de urgência, por *e-mail*, à intimação da denunciante e dos Srs. Jonathan M. Gomes Duarte e Vandeir Paulino da Silva, respectivamente, presidente da comissão permanente de licitações e prefeito municipal, acerca desta decisão. Após, adotem-se as medidas necessárias à apreciação desta decisão monocrática pela Segunda Câmara na próxima sessão colegiada.

Fixo o **prazo de 5 (cinco) dias** para que a administração municipal, na pessoa dos referidos agentes públicos, comprove nos autos a adoção da medida ordenada, mediante a publicação do ato de suspensão, sob pena de multa, nos termos do acima citado art. 85, III da Lei Orgânica.

Por fim, transcorrido o prazo recursal pertinente, encaminhem-se os autos à unidade técnica e, em seguida, ao Ministério Público de Contas para elaboração de manifestação preliminar.

Em atendimento ao disposto no art. 60 da Lei Orgânica do Tribunal e no art. 267 do Regimento Interno submeto à ratificação deste Colegiado a decisão monocrática por mim proferida nos autos dessa denúncia, cujo teor foi previamente disponibilizado, no sentido de determinar a suspensão do processo licitatório 010/2020, convite 01/2020.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

Referendo, Excelência.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também referendo a decisão monocrática que foi exarada pelo Conselheiro Victor Meyer.

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

Eu também referendo.

FICA APROVADA, PORTANTO, REFERENDADA.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR GLAYDSON SANTO SOPRANI MASSARIA.)

* * * * *

ms/rp

Documento assinado por meio de certificado digital, conforme disposições contidas na Medida Provisória 2200-2/2001, na Resolução n.02/2012 e na Decisão Normativa n.05/2013. Os normativos mencionados e a validade das assinaturas poderão ser verificados no endereço www.tce.mg.gov.br, código verificador n. 2126717