

Processo: 1092379
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Roberta da Silveira Martins
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Curvelo
Responsável: Valquíria Moreira Duarte
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 28/1/2021

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO PARA ME E EPP. VALOR POR ITEM. COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO TÉCNICA. CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARCIALMENTE PROCEDENTE. RESPONSABILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOLO OU ERRO GROSSEIRO.

1. A Lei Complementar nº 123/06 é expressa em determinar a exclusividade da participação de Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) nos itens de contratação com valor igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais).
2. A exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação, desde que razoavelmente motivada pela Administração, não acarreta infração aos termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93.
3. Em regra, afigura-se irregular a restrição à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, por extrapolar a previsão do art. 31, II, da Lei nº 8.666/93.
4. Não configurado dolo ou erro grosseiro por parte do agente público é descabida a sua responsabilização, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia apresentada em face do edital do Pregão Eletrônico n° 38/20, Processo Licitatório n. 118/20, deflagrado pelo Município de Curvelo, em razão da exigência de certidão negativa de recuperação judicial (subitem 9.1, “o”, do edital), a qual configura inovação ilegal ao disposto no art. 31, II, da Lei n° 8.666/93;
- II) deixar de aplicar multa à Senhora Valquíria Moreira Duarte, pregoeira à época e subscritora do edital, nos termos da fundamentação desta decisão;
- III) recomendar à atual gestão do Município de Curvelo que, em licitações futuras:
 - a) procure observar os exatos termos da legislação de regência, ao estipular requisitos para a comprovação da aptidão técnica das licitantes, e fundamente adequadamente estas exigências, a fim de evitar possíveis restrições à competitividade do certame;
 - b) deixe de exigir das licitantes a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tendo em vista a ausência de fundamento legal para tanto.

IV) determinar a intimação das partes acerca do teor desta decisão;

V) determinar, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão o Procurador Marcílio Barenco Corrêa de Mello.

Plenário Governador Milton Campos, 28 de janeiro de 2021.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)



SEGUNDA CÂMARA – 28/1/2021

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia oferecida por Roberta da Silveira Martins, advogada inscrita na OAB/SC sob o nº 57.857, em razão de suposta irregularidade no Pregão Eletrônico nº 38/20, Processo Licitatório nº 118/20, instaurado pelo Município de Curvelo, objetivando o registro de preços para fornecimento de pneus novos, câmaras de ar e protetores, para manutenção dos veículos leves e pesados pertencentes à frota mecanizada da municipalidade, conforme especificações constantes no edital (peça nº 3).

A documentação foi autuada neste Tribunal em 10/07/20, consoante despacho do conselheiro-presidente (peça nº 9), e, em seguida, os autos foram distribuídos à relatoria do conselheiro José Alves Viana, que se declarou suspeito (peça nº 11).

Os autos foram, então, redistribuídos à minha relatoria em 16/07/20 (peça nº 12), tendo sido encaminhados para apreciação preliminar da Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) (peça nº 13).

A Unidade Técnica, à peça nº 14, opinou pela improcedência da irregularidade alegada pela representante, qual seja, a de que o Município de Curvelo teria se equivocado ao realizar procedimento licitatório direcionado para microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs) (subitem 3.1, do edital), em ofensa à previsão do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, alterado pela Lei Complementar nº 147/14.

Entretanto, indicou incorreções no ato convocatório atinentes aos critérios para habilitação das licitantes, a saber: (a) exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação (subitem 9.1, “m”, do edital); (b) exigência de certidão negativa de recuperação judicial (subitem 9.1, “o”, do edital).

À peça nº 18, indeferi a medida cautelar de suspensão do certame, por não vislumbrar a probabilidade do direito alegado pela denunciante.

O Ministério Público junto ao Tribunal (MPC) pugnou pela citação da pregoeira, Senhora Valquíria Moreira Duarte (peça nº 23).

Devidamente citada (peças nºs 25 e 26), a responsável protocolizou o documento juntado à peça nº 29, argumentando inexistirem as falhas suscitadas.

A Unidade Técnica rejeitou as alegações da pregoeira e opinou pela aplicação de sanção, nos termos do art. 83 da Lei Orgânica deste Tribunal (peça nº 32).

No mesmo sentido, o MPC recomendou o julgamento pela irregularidade do Pregão Eletrônico nº 38/20, com a consequente aplicação de multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) à responsável (peça nº 34).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, versam os autos sobre denúncia apresentada por Roberta da Silveira Martins, em razão de suposta irregularidade no Pregão Eletrônico nº 38/20, Processo Licitatório nº 118/20, instaurado pelo Município de Curvelo, objetivando o registro de preços para

fornecimento de pneus novos, câmaras de ar e protetores, para manutenção dos veículos leves e pesados pertencentes à frota mecanizada municipal.

Em resumo, a denunciante sustenta a ocorrência de irregularidade no subitem 3.1 do edital, que direcionou o certame à participação microempresas (MEs) e empresas de pequeno porte (EPPs), embora o valor global estimado da contratação tenha sido fixado em patamar superior a R\$80.000 (oitenta mil reais).

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL), por sua vez, aponta a ocorrência de falha no subitem 9.1, itens “m” e “o”, do edital, em razão de exigirem atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação e certidão negativa de recuperação judicial das empresas participantes, como condições para habilitação no certame.

Passa-se, assim, à análise pormenorizada dos apontamentos de irregularidade apresentados.

A) Direcionamento do certame à participação de microempresas e empresas de pequeno porte (subitem 3.1, do edital)

A denunciante alega que o ato convocatório do Pregão Eletrônico nº 38/20 incorre em ilegalidade ao interpretar equivocadamente o art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, alterado pela Lei Complementar nº 147/14, direcionando o certame à participação de MEs e EPPs.

Argumenta que, embora o objeto da licitação seja o registro de preços por item, trata-se de um único processo licitatório, de modo que, para a avaliação da concessão dos benefícios outorgados pelo referido art. 48, deve-se considerar a soma dos valores de todos os itens previstos na contratação, e não a de cada item separadamente. Assim, como no presente caso o valor global de referência perfazia a quantia de R\$446.190,05 (quatrocentos e quarenta e seis mil cento e noventa reais e cinco centavos), segundo a denunciante, seria necessária a retificação do instrumento convocatório.

Afirma, ademais, que a aplicação do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06 depende da comprovação da existência de no mínimo 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

A CFEL entendeu pela improcedência das razões aduzidas pela denunciante, salientando que o art. 48, I, da Lei Complementar nº 147/14, que alterou a Lei Complementar nº 123/06, transformou em obrigação aquilo que era faculdade para o gestor público. Dessa forma, antes da alteração, a Administração tinha a possibilidade de restringir a licitação à participação das MEs e EPPs, quando o valor da contratação fosse de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais). No entanto, agora ela teria a obrigação de realizar o processo licitatório destinado exclusivamente à participação desses tipos de empresas, exceto nas ressalvas previstas no art. 49 da referida Lei Complementar.

Além disso, o estudo técnico chamou atenção para o fato de que nos procedimentos licitatórios divididos em itens (ou lotes), cada item corresponde a uma contratação diferente. Por isso, decerto que a análise do seu direcionamento deve levar em consideração cada item separadamente, isto é, contratação por contratação.

Citada, a pregoeira, Senhora Valquíria Moreira Duarte, não se defendeu acerca dessa irregularidade.

A respeito do assunto, cumpre reproduzir o teor dos arts. 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/06, com redação dada pela Lei Complementar nº 147/14:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte **nos itens** de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Grifou-se)

Observa-se, portanto, que o texto normativo é expresso em determinar a exclusividade da participação de MEs e EPPs nos itens com valor de contratação igual ou inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Se fosse outra a intenção do legislador, o texto faria referência ao valor total da licitação e não ao valor de seus itens.

Aliás, mesmo sob a vigência do texto original da Lei Complementar nº 123/06, quando o dispositivo legal tratava da exclusividade em caso de “contratações cujo valor seja de até R\$80.000,00”, portanto sem a alusão expressa aos “itens de contratação”, como faz a redação dada pela Lei Complementar nº 147/14, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) já reconhecia que a aplicabilidade da norma deveria considerar os itens de forma separada, confira-se:

Representação. Conhecimento. Pregão Eletrônico para Registro de Preços. Menor preço por item. Existência de várias faixas de concorrência independentes e autônomas entre si. Participação exclusiva de micro empresas, empresas de pequeno porte e cooperativas. Valor de cada item não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/2006. Possibilidade. Improcedência da Representação. Arquivamento.¹

CONSULTA. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, NOS TERMOS DO ART. 48, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 E DO ART. 6º DO DECRETO Nº 6.204/2007. CONHECIMENTO. RESPOSTA. ARQUIVAMENTO. (...) 3. O órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços pode autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas as realizadas pelos patrocinadores da ata e pelos aderentes (caronas), o limite máximo de R\$ 80.000,00 em cada item da licitação.²

No caso dos autos, ainda que o valor de referência total da licitação tenha sido estimado em R\$446.190,05 (quatrocentos e quarenta e seis mil cento e noventa reais e cinco centavos), vê-

¹ TCU. Acórdão 3771/2011. Primeira Câmara. Rel. Min. Weder de Oliveira. Sessão de 07/06/11.

² TCU. Acórdão 2957/2011. Plenário. Rel. Min. André de Carvalho. Sessão de 09/11/2011.

se que o certame fora dividido em 46 (quarenta e seis) itens, sendo que em 45 (quarenta e cinco) deles os valores individualizados não ultrapassaram o teto de R\$80.000,00 (oitenta mil reais). Apenas no item nº 36, houve a estimativa de preço além do teto previsto. Nele, vale frisar, a municipalidade reservou a porcentagem de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do objeto para a concorrência exclusiva das MEs e EPPs, deixando os outros 75% (setenta e cinco por cento) à ampla participação, em observância à previsão do art. 48, III, da Lei Complementar nº 123/06.

Não se sustenta, também, a afirmação da denunciante de que a municipalidade deveria comprovar a existência de no mínimo 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do ato convocatório, uma vez que ela própria não apresentou qualquer indício de que esses requisitos não foram preenchidos no caso concreto.

Desse modo, acorde com o relatório elaborado pela Unidade Técnica, compreendo que o Pregão Eletrônico nº 38/20 não contrariou as disposições do art. 48 da Lei Complementar nº 123/06, razão pela qual julgo improcedente a denúncia quanto ao presente tópico.

B) Exigência de atestado técnico com características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto da licitação (subitem 9.1, “m”, do edital)

A CFEL, em seu estudo preliminar, considerou irregular o subitem 9.1, “m”, do edital do Pregão Eletrônico nº 38/20, que exigia das licitantes comprovação de aptidão nos seguintes termos:

9 – HABILITAÇÃO

9.1 – A habilitação do licitante vencedor será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos:

(...)

m) **Comprovação de Aptidão, em que conste expressamente características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto desta licitação**, fornecida através de atestado expedido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, em que comprove que a empresa está apta a fornecer os produtos licitados; (Grifou-se)

Segundo o Órgão Técnico, ao condicionar a comprovação de aptidão a “características, quantidades e prazos semelhantes ao objeto desta licitação”, sem delimitar parâmetros mínimos de produtos e serviços, o Município de Curvelo deixou margem à interpretação de que somente seriam aceitos participantes que comprovassem prévio fornecimento de quantidade e/ou prestação de serviço próximo de 100% (cem por cento) ou igual ao objeto licitado, prejudicando, pois, a competitividade do certame.

Além disso, argumenta que a ausência dos parâmetros mínimos de comprovação dificulta o julgamento objetivo das propostas, a ser realizado pela municipalidade.

A pregoeira, Senhora Valquíria Moreira Duarte, defendeu-se do apontamento técnico sob o argumento de que o citado subitem reproduzira a redação do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, não havendo que se falar em ilegalidade. Outrossim, sustentou que no Pregão Eletrônico nº 23/17, deflagrado por este Tribunal, houve inserção de cláusula similar a ora impugnada.

Por meio de sua análise conclusiva, a Unidade Técnica contrapôs as alegações da responsável:

As alegações apresentadas pela Defendente não foram suficientes para afastar a irregularidade apontada, uma vez que alegou que a cláusula 9.1 do edital foi feita nos mesmos termos do art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, o que não corresponde à realidade, uma

vez que o art. 30, II, aduz sobre comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, e não semelhante.

Outrossim, a Defendente alegou que este Tribunal no Processo nº 023/2017, Pregão Presencial nº 023/2017, cláusula 1.15, também exige atestados nos mesmos termos da lei, uma vez que prevê comprovação de execução satisfatória em características, quantidades e prazos com o objeto licitado. A referida cláusula aduz:

1.15 - atestado(s) de capacidade técnica da empresa fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em papel timbrado, comprovando a execução **satisfatória** de serviços de manutenção em veículos, bem como fornecimento de peças, **em características, quantidades e prazos com o objeto licitado**[...]

Ao compulsar o referido processo verifica-se que nele foi interposto recurso objetivando a inabilitação da empresa vencedora devido à recorrente entender que a empresa vencedora não cumpriu a cláusula 1.15, uma vez que não apresentou atestados de capacidade técnica que comprovassem a realização de serviços com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto licitado. No referido recurso, a empresa recorrente alegou (...):

Após a análise dos requisitos para o oferecimento da proposta na presente licitação, é possível afirmar que a empresa TOP LUBE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. – ME não apresentou atestados de capacidade técnica comprovando a realização de serviços com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação.

(...)

Dito tudo isso, faz-se necessário a desclassificação da empresa TOP LUBE COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. -ME para o LOTE 2 do Pregão Eletrônico 23/2017 em virtude da sua qualificação técnica comprovada em serviços de manutenção automotiva com características, prazos e quantidades similares aqueles solicitados no edital do certame em disputa.

O então Conselheiro-Presidente, Cláudio Couto Terrão, negou provimento ao recurso e citou a conclusão da pregoeira no processo (...):

Nesse sentido, destaco a conclusão da pregoeira, que ora encampo, de que “os atestados de capacidade técnica supracitados são suficientes para demonstrar que a empresa recorrida possui experiência técnica prévia comprovada para a prestação dos serviços licitados” (fl. 291).

Tem-se, portanto que a exigência de comprovação de capacitação técnica deve ir ao encontro do estipulado no art. 37, XXI, da Constituição Federal que aduz que "as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública", "o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações", o que foi feito por este Tribunal. Dessarte, os argumentos apresentados pela Defendente são insuficientes para alterar o posicionamento exarado em análise inicial à peça 14, cód. de arquivo 2165368.

O MPC apresentou manifestação corroborando as conclusões da Unidade Técnica.

Sobre o tema, esclarece-se, com efeito, que o art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, prevê que a comprovação de aptidão deve ser realizada mediante documento que evidencie o desempenho prévio de atividade “pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação”, *in verbis*:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Observa-se que a norma utilizou termos de conteúdo aberto como “pertinente” e “compatível”, os quais demandam um esforço interpretativo do gestor público, tanto é que a própria jurisprudência do TCU passou a definir como parâmetro razoável a comprovação da prévia prestação de serviço ou fornecimento de bens em quantitativo equivalente a até 50% (cinquenta por cento) do objeto que se pretende contratar³.

O próprio Tribunal, ao utilizar a expressão “execução satisfatória”, teve de esclarecer, no caso concreto, que os comprovantes apresentados pela empresa eram suficientes para o cumprimento desse requisito.

Nesse contexto, atendo-me às especificidades do caso concreto, a despeito dos argumentos aduzidos pela Unidade Técnica, compreendo não haver a alegada irregularidade no subitem 9.1, “m”, do ato convocatório ora analisado. Isso porque, a meu ver, a redação alternativa empregada pelo município, com o uso do termo “semelhante”, não induz, por si só, à ideia de que a comprovação da capacidade técnica deverá ser realizada mediante atestados de quantitativo idêntico ao demandado.

O termo “semelhante” pode remeter à ideia de similaridade, a qual poderia ser adequadamente interpretada no caso concreto de modo a evitar o cerceamento à participação de interessados. Para tanto, seria necessário verificar no caso concreto, a eventual motivação adotada pela Administração para desclassificar eventuais licitantes pelo descumprimento dessa exigência.

Nesse aspecto, a partir da documentação acostada aos autos, não é possível verificar a existência de qualquer indício de que tenha havido prejuízo a eventuais participantes do certame em virtude do subitem em comento.

Nesse sentido, acolho as razões de defesa apresentadas pela pregoeira, para julgar improcedente a denúncia no que concerne ao presente tópico, tendo em vista não vislumbrar a ocorrência de ofensa ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93.

Considero pertinente, no entanto, a expedição de recomendação para que, em licitações futuras, o Município de Curvelo, ao estipular requisitos para a comprovação da aptidão técnica das licitantes, procure observar os exatos termos da legislação de regência e fundamente adequadamente essas exigências, a fim de evitar possíveis restrições à competitividade do certame.

C) Exigência de certidão negativa de recuperação judicial (subitem 9.1, “o”, do edital)

A Unidade Técnica também apontou como irregular a exigência prevista no subitem 9.1, “o”, do edital, que impedia a participação no certame de empresa em recuperação judicial. Senão, vejamos (peça nº 3):

9 – HABILITAÇÃO

³ TCU. Acórdão 1.052/2012. Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Sessão de 02/05/12

9.1 – A habilitação do licitante vencedor será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos:

(...)

o) Certidão negativa de falência ou de recuperação judicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, expedida dentro do prazo de 90 (noventa) dias anteriores à data de realização do Pregão.

Em sua defesa, a pregoeira consignou que a aludida exigência teve como fundamento o disposto no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93⁴, tendo o município apenas substituído o termo “concordata” por “recuperação judicial”. Informou, ainda, que, em razão do apontamento técnico realizado nestes autos, o Município de Curvelo deixará de restringir a participação de empresas em recuperação judicial em seus futuros processos licitatórios.

No exame conclusivo, o Órgão Técnico opinou pela manutenção do vício apontado.

O *Parquet* de Contas também entendeu pela configuração de irregularidade, por violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que a certidão negativa de recuperação judicial não se encontra prevista no rol do art. 31 da Lei nº 8.666/93.

Para melhor compreender a questão, importa lembrar que o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93 resguarda a exigência de certidão negativa de falência ou concordata como documento relativo à qualificação econômico-financeira e que, com o advento da Lei nº 11.101/05, a recuperação judicial passou a substituir a concordata em nosso ordenamento.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou entendimento segundo o qual não é possível exigir certidão negativa de recuperação judicial entre os documentos de qualificação econômico-financeira dos licitantes, pois não seria possível interpretar-se extensivamente o art. 31, II, da Lei nº 8.666/93, que continua a mencionar apenas a concordata. Além disso, entendeu que permitir a participação de empresa em recuperação judicial se coaduna com a finalidade da Lei nº 11.101/05 de promover a função social da empresa e da atividade econômica⁵.

Note-se que o raciocínio desenvolvido pelo STJ condena a restrição do edital à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, pois não autorizada expressamente no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93. Não há irregularidade, assim, na vedação à participação de empresas em processo de falência.

Cumpra considerar, ainda, que o caso discutido pelo STJ remete a contratações comuns da Administração Pública, como a versada nos presentes autos, cujo objeto é destituído de maiores complexidades e cujos valores dos itens, inclusive, em sua quase totalidade, não ultrapassam o teto de R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Entendimento semelhante ao do STJ é o adotado no âmbito desta Corte:

DENÚNCIA. REFERENDO. PREGÃO PRESENCIAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS DE CESSÃO E DIREITO DE USO DE SOFTWARES

⁴Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

⁵ STJ – Primeira Turma. AREsp. 309867 ES 2013/0064947-3. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26/07/18. DJe. 08/08/18.

INTEGRADOS DE GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL. IMPEDIMENTO DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. É irregular o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial, devendo ser acrescentado no ato convocatório a aceitação de certidão positiva de recuperação judicial. E no caso de empresa enquadrada nesta condição vencer o certame, a Administração deverá proceder a diligências para que a licitante comprove sua capacidade econômico-financeira para assumir o contrato.⁶

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE EXAMES DE IMAGEM, RADIOLÓGICOS E CONTRASTADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. (...) 4. A apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da licitante.⁷

A distinção realizada é importante e necessária, na medida em que já me pronunciei favoravelmente à imposição da exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial. Entretanto, frisa-se, tal posicionamento restringe-se aos casos de contratações singulares, de grande vulto, como as concessões públicas, nas quais a função social da empresa necessariamente sofrerá mitigação face ao interesse público de continuidade do serviço essencial, por exemplo⁸.

Feitas essas considerações, julgo procedente a denúncia quanto tópico ora analisado, por considerar irregular, *in casu*, o impedimento de participação no certame de empresas em recuperação judicial.

A responsabilidade pela falha é da Senhora Valquíria Moreira Duarte, pregoeira do Município de Curvelo e subscritora do edital do Pregão Eletrônico nº 38/20, Processo Licitatório nº 118/20. Na qualidade de signatária do ato convocatório a mencionada servidora responde por seu conteúdo e, portanto, pelas exigências nele constantes.

Essa responsabilização, no entanto, deve observar o disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), o qual prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. A norma qualifica e restringe as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, pois, além de afastar a possibilidade de responsabilização objetiva, exige que o ato culposo (erro) seja “grosseiro”.

No âmbito federal, foi editado o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os arts. 20 a 30 da LINDB e trouxe a definição, em seu art. 12, §1º, de erro grosseiro, o qual será “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O referido decreto federal aproximou, portanto, o conceito de erro grosseiro do de culpa grave.

De acordo com a lição de Sérgio Cavalieri Filho⁹ “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum

⁶ TCE/MG. Denúncia nº 1.031.209. Segunda Câmara. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão de 08/02/2018.

⁷ TCE/MG. Denúncia nº 986.583. Segunda Câmara. Conselheiro Gilberto Diniz. Sessão de 25/05/2017.

⁸ Denúncias nºs 1.058.853 e 977.532.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal”.

Pode-se concluir, portanto, que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave.

No caso em análise, tendo o instituto da concordata sido substituído em nosso ordenamento pela recuperação judicial, nos termos da Lei nº 11.101/05, embora não haja previsão expressa na Lei nº 8.666/93 a respaldar a exigência contida no edital e me alinhe ao entendimento do STJ sobre a questão, entendo que a responsável apresentou justificativa razoável para seu equívoco e que, portanto, não houve falta de cautela, culpa grave ou dolo.

Assim, tal incorreção, no contexto dos autos, não configura, a meu ver, erro grosseiro a autorizar a responsabilização da agente, nos termos do art. 28 da LINDB.

Entendo, assim, ser cabível a expedição de recomendação para que, em certames futuros, o Município de Curvelo se abstenha de exigir das licitantes a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tendo em vista a ausência de fundamento legal para tanto.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia apresentada em face do edital do Pregão Eletrônico nº 38/20, Processo Licitatório nº 118/20, deflagrado pelo Município de Curvelo, em razão da exigência de certidão negativa de recuperação judicial (subitem 9.1, “o”, do edital), a qual configura inovação ilegal ao disposto no art. 31, II, da Lei nº 8.666/93.

Deixo de aplicar multa pela falha apurada à Senhora Valquíria Moreira Duarte, então pregoeira do Município de Curvelo, nos termos da fundamentação.

Recomendo à atual gestão do Município de Curvelo que, em licitações futuras, ao estipular requisitos para a comprovação da aptidão técnica das licitantes, procure observar os exatos termos da legislação de regência e fundamente adequadamente essas exigências, a fim de evitar possíveis restrições à competitividade do certame, bem como que se abstenha de exigir das interessadas a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, tendo em vista a ausência de fundamento legal para tanto.

Intimem-se as partes acerca do teor desta decisão.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.
