

Processo: 1095564
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Roberta da Silveira Martins
Denunciada: Prefeitura Municipal de Oratórios
Responsáveis: José Antônio Delgado e Maria Aparecida da Cruz
Procurador: Getúlio Ubaldo Machado Filho, OAB/MG 86.344
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO

SEGUNDA CÂMARA – 10/3/2022

DENÚNCIA. EDITAL DE LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. AQUISIÇÃO DE PNEUS E CÂMARA DE AR. IRREGULARIDADES. EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO JUNTO AO IBAMA. EXIGÊNCIA DE PROTOCOLO PRESENCIAL PARA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÕES E INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL SEM DEFINIÇÃO DAS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA OU VALOR SIGNIFICATIVO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. É regular, nas licitações para aquisição de pneus e câmaras de ar, a exigência de certificação junto ao IBAMA, uma vez que prevista em resoluções e instruções normativas do referido órgão. A Administração está vinculada a tais normativos, motivo pelo qual é lícita a imposição desse requisito na fase de habilitação.
2. É irregular a exigência editalícia que autoriza o protocolo de impugnações e/ou recursos apenas de forma presencial, diretamente na sede da Prefeitura Municipal, visto que a ausência, no ato convocatório, da possibilidade de entrega dos documentos também pela via postal, por meio eletrônico e/ou por fax restringe os meios a partir dos quais os licitantes podem exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa.
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 n. 8.666/93.
4. Incorre em irregularidade o edital que não especifica, para fins de comprovação de qualificação técnica, as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo do objeto licitado, conforme art. 30, § 2º, da Lei n. 8.666/93.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar parcialmente procedente a denúncia apresentada em face do edital do Processo Licitatório n. 114/20, Pregão Presencial n. 064/20, deflagrado pelo Município de Oratórios, em razão da:
- a) exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações e interposição de recursos;
 - b) exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial; e
 - c) exigência de atestados de capacidade técnica-operacional sem definição de parcelas de maior relevância ou valor significativo.
- II) aplicar multa, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Orgânica, à Senhora Maria Aparecida da Cruz, pregoeira e subscritora do edital, no valor total de R\$ 1.000,00 (mil reais), em razão da falha descrita na alínea “c”;
- III) recomendar, em relação às falhas descritas nas alíneas “a” e “b”, que, em procedimentos licitatórios futuros, os atuais prefeito e pregoeiro de Oratórios concedam a todos os interessados igualdade de condições, (i) deixando de incluir cláusulas editalícias que restrinjam indevidamente o exercício do contraditório e da ampla defesa e prevendo, expressamente, que a entrega das impugnações e/ou recursos possa ser efetuada também pela via postal, por e-mail e/ou por fax, bem como (ii) deixando de exigir, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial;
- IV) determinar a intimação dos responsáveis e da denunciante acerca do teor desta decisão;
- V) determinar, após promoção das medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 10 de março de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 10/3/2022

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia, com pedido liminar, formulada pela Senhora Roberta da Silveira Martins em face do Processo Licitatório nº 114/20, Pregão Presencial nº 064/20, deflagrado pelo Município de Oratórios, objetivando a aquisição de pneus novos e câmaras de ar para atender a frota de veículos e máquina da prefeitura.

A denunciante alegou, em síntese, ser restritiva a exigência, como requisito de qualificação técnica, de Certificado de Regularidade junto ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) em nome do fabricante de pneus. Por isso, solicitou a suspensão cautelar do pregão, tendo em vista a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (peça nº 2).

Consoante despacho do conselheiro-presidente (peça nº 4), a documentação foi autuada em 26/11/20 e, na mesma data, os autos foram distribuídos à minha relatoria (peça nº 5).

Considerando o fato de, em outras oportunidades, já ter me manifestado pela regularidade de exigências semelhantes e de haver vários precedentes desta Corte com o mesmo entendimento, indeferi, devido à ausência do *fumus boni iuris*, o pedido de suspensão cautelar do certame e determinei o encaminhamento dos autos à Unidade Técnica para exame da denúncia e de todo o ato convocatório (peça nº 6).

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL), à peça nº 14, opinou, então, pela improcedência do apontamento contido na exordial da denúncia. Identificou, entretanto, serem irregulares (i) a exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações e interposição de recursos, (ii) a exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial e (iii) a exigência de atestados de capacidade técnica-operacional sem definição das parcelas de maior relevância ou valor significativo. Em razão disso, propôs a citação dos responsáveis.

Em sua manifestação preliminar, o Ministério Público junto ao Tribunal (MPC) pugnou pela citação dos responsáveis (peça nº 18).

Assim, com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa, determinei, à peça nº 19, a citação da Senhora Maria Aparecida da Cruz, pregoeira e signatária do edital, e do Senhor José Antônio Delgado, prefeito municipal, para, querendo, apresentarem as alegações que entendessem pertinentes acerca dos fatos apontados no relatório técnico.

Regularmente citados (peças nºs 20/22), os responsáveis manifestaram-se, conjuntamente, à peça nº 24.

Os autos foram encaminhados à 2ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios (2ª CFM) para reexame, a qual manifestou-se pelo não acolhimento das razões de defesa e reiterou o relatório inicial da CFEL (peça nº 28).

No mesmo sentido, o *Parquet* de Contas, em seu parecer conclusivo, opinou pela irregularidade do edital do certame e pela aplicação de sanção pecuniária à pregoeira (peça nº 30).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme relatado, versam os autos sobre denúncia apresentada pela Senhora Roberta da Silveira Martins em face do Processo Licitatório nº 114/20, Pregão Presencial nº 064/20, deflagrado pelo Município de Oratórios, objetivando a aquisição de pneus novos e câmaras de ar para atender a frota de veículos e máquina da prefeitura.

Em resumo, a denunciante sustentou ser restritiva a exigência de Certificado de Regularidade junto ao IBAMA em nome do fabricante.

Por sua vez, a CFEL, em sua análise inicial, apontou serem irregulares a exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações e interposição de recursos, a exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial e a exigência de atestados de capacidade técnica-operacional sem definição de parcelas de maior relevância ou valor significativo.

Passo, assim, à análise individualizada dos referidos apontamentos.

A) Da exigência de Certificado de Regularidade junto ao IBAMA

Suscitou a denunciante, em sua peça exordial, que a exigência de apresentação de Certificado de Regularidade junto ao IBAMA em nome do fabricante (item 44.c.c do edital) privaria muitos licitantes de participarem do certame, visto que diversas empresas trabalham com pneus de origem estrangeira e, portanto, não conseguem obter a regularização junto ao órgão nacional, configurando, ainda, exigência de compromisso de terceiro alheio à disputa (Súmulas nºs 15 e 17 do TCE/SP).

Aduziu, ainda, que o mais adequado seria exigir tal certificado do importador ou do próprio licitante, que possuem sede no Brasil, e não exclusivamente do fabricante. Assim, entendendo que a exigência seria restritiva à competitividade (art. 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93 c/c art. 3º, II, da Lei nº 10.520/02), pugnou pela retificação do edital para garantir a opção de ser apresentada certidão do fabricante, em caso de produto nacional, ou do importador, nos casos de pneus de origem estrangeira.

A Unidade Técnica, à peça nº 14, opinou pela improcedência do referido apontamento, concluindo pela inexistência de irregularidade quanto à exigência de apresentação de Certificado de Regularidade junto ao IBAMA em nome do fabricante dos pneus, uma vez que tal exigência não favorece, no certame, os produtos nacionais em detrimento dos importados. Isso porque a certidão não é fornecida apenas aos fabricantes e importadores, mas a todo e qualquer cidadão que visite o *site* oficial da entidade, bastando que se tenha conhecimento do CNPJ do fabricante ou importador. Ademais, o que a Administração visa proteger com tal exigência é o meio ambiente em território nacional, de modo que aqueles fornecedores que visam participar do mercado brasileiro têm obrigações perante as leis brasileiras, que devem ser cumpridas em igualdade de condições com os demais.

Os responsáveis, na defesa constante da peça nº 24, reiteraram a fundamentação esposada pelo Órgão Técnico.

Por sua vez, o MPC (peça nº 30) registrou que, embora possua o entendimento de que, a fim de assegurar a boa execução do objeto licitado, “o Edital de Licitação deveria exigir o Certificado de Regularidade junto ao IBAMA somente do licitante vencedor, quando da celebração do contrato administrativo”, acompanhou a conclusão técnica de que a exigência do mencionado documento não pode ser caracterizada como restrição ao caráter competitivo do certame.

Com efeito, encontra-se disposto no item 44.c.c do edital (fls. 08/09 do arquivo “EDITAL” contido na peça nº 2) que:

44. Para efeito de habilitação no presente certame, a licitante - pessoa jurídica - deverá apresentar os documentos abaixo:

(...)

c. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

(...)

c) Certificado de regularidade junto ao IBAMA, Cadastro Técnico Federal, emitido em nome do FABRICANTE dos pneus, Cadastro de Fabricação de Pneus e similares, de acordo com a Resolução do CONAMA nº 416/2009, bem como, instrução normativa IN nº 01/2010 do IBAMA – Ministério do Meio Ambiente, (essa certificação deverá ser apresentada conforme marcas descritas na proposta comercial).

A proteção ao meio ambiente é diretriz com sede constitucional no art. 225 da Constituição Federal, prevista, inclusive, como dever da União (art. 23, VI, da CF/88) e de todos aqueles que exercem atividade econômica (art. 170, VI, da CF/88), devendo ser cada vez mais constante e consistente o esforço, por parte da Administração Pública, de assegurar a prevalência de tal princípio em toda sua atuação.

Nesse contexto, uma das oportunidades mais significativas para a implementação de medidas de defesa ao meio ambiente é justamente nas licitações e contratações públicas. A Administração Pública, ao exigir que a empresa que pretende com ela contratar cumpra parâmetros mínimos de sustentabilidade ambiental na fabricação ou comercialização de seus produtos ou na prestação de seus serviços, contribuirá de forma decisiva na consecução de seu dever constitucional.

Vale lembrar que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é, atualmente, um dos três pilares das licitações públicas, ao lado da observância do princípio constitucional da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 12.349/10.

De fato, dentre as normas jurídicas já vigentes em nosso ordenamento, encontram-se leis, decretos e, especialmente, portarias, instruções normativas e resoluções editadas por órgãos e entidades que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente, notadamente o IBAMA e o CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente).

O IBAMA, além de suas atribuições nas áreas de licenciamento ambiental e autorização de uso dos recursos naturais, possui competência para a edição de normas e padrões de qualidade ambiental (Lei nº 7.735/89 e Decreto nº 6.099/07).

Já o CONAMA possui competência para estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, bem como compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (Lei nº 6.938/81 e Decreto nº 99.274/90).

Destarte, os atos emanados por tais entes, no exercício de suas competências legais, também possuem caráter normativo e, como tal, devem ser respeitados pela Administração Pública.

Desse modo, constata-se que o item 44.c.c do edital em exame, ao exigir, na fase de habilitação, a apresentação de Certificado de Regularidade junto ao IBAMA, encontra-se em consonância com a Resolução do CONAMA nº 416/09 e com a Instrução Normativa nº 01/10 do IBAMA, sendo que tais atos normativos, conforme narrado, possuem força vinculante à Administração Pública. Destaca-se a norma do CONAMA:

Art. 4º Os **fabricantes, importadores**, reformadores e os destinadores de pneus inservíveis deverão se inscrever no Cadastro Técnico Federal - CTF, junto ao IBAMA. (grifou-se)

Esse foi o entendimento que adotei ao indeferir a cautelar pleiteada pela denunciante nos presentes autos (peça nº 6), indicando ainda julgados no mesmo sentido exarados por esta Corte de Contas:

A propósito do tema, já me manifestei em outras oportunidades, considerando regulares exigências semelhantes, uma vez que estabelecidas nas normas de prevenção e proteção ambiental e de controle às atividades potencialmente poluidoras, como a Resolução do CONAMA nº 416/09 e a Instrução Normativa nº 01/10 do IBAMA, mesmo que direcionadas apenas ao fabricante dos pneus. Nesse sentido, veja-se o acórdão da Denúncia nº 1.077.177:

Em que pese a supracitada cláusula não ter previsto a possibilidade de entrega da certificação emitida em nome dos importadores de pneus, observa-se que, nos termos do disposto no art. 4º da Resolução do CONAMA nº 416/19, “os fabricantes, importadores, reformadores e os destinadores de pneus inservíveis” têm a obrigação de se inscrever no Cadastro Técnico Federal (CTF) junto ao IBAMA.

Aliás, são vários os precedentes nesta Corte com o mesmo entendimento, destacando-se os Processos nºs 1.041.506, 1.071.325, 1.015.343 e 1.071.469.

Assim sendo, conforme concluiu a Unidade Técnica, “o certificado emitido pelo IBAMA é uma exigência que se impõe aos fabricantes e aos importadores, para os casos de licitação que envolva a aquisição de pneumáticos, diante da Resolução CONAMA nº 416/2009” (fl. 21 da peça nº 14).

Portanto, ao contrário do que aduziu a denunciante, não há que se falar em restrição à competitividade quando a Administração exige apresentação de Certificado de Regularidade junto ao IBAMA em nome do fabricante, razão pela qual considero improcedente o apontamento aventado.

B) Da exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações e interposição de recursos

Ultrapassado o exame da cláusula questionada pela denunciante, a Unidade Técnica (peça nº 14) observou, nos itens 63, 64, 68, 69 e 72 do edital (fl. 13 do arquivo “EDITAL” contido na peça nº 2), que a única maneira conferida aos interessados para apresentação de eventuais impugnações e/ou interposição de recursos seria por encaminhamento de petição escrita, a ser protocolada no setor de licitações da Prefeitura de Oratórios, senão vejamos:

63. Impugnações aos termos do Edital poderão ser interpostas por qualquer cidadão ou licitante, no prazo de até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas, dirigidas à Pregoeira da Prefeitura Municipal, **devendo ser encaminhada ao Protocolo da Prefeitura Municipal no endereço constante no rodapé do presente edital.**

64. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, cuja síntese será lavrada em ata, sendo concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados a apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.

(...)

68. **As impugnações serão interpostas, por escrito devidamente fundamentada, ao responsável pelo pregão**, observadas as condições estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º do art. 41 da lei 8.666/93, e deverão ser protocolados na central de protocolos da Prefeitura, no horário de 08:00 às 11:00 e de 13:00 às 16:00.

69. **Os recursos deverão ser protocolados na central de protocolos da Prefeitura, no horário de 08:00 às 11:00 e de 13:00 às 16:00, e será dirigido ao Prefeito Municipal.**

(...)

72. **A Prefeitura Municipal não se responsabilizará por memoriais de recursos e impugnação endereçada via postal ou por outras formas, entregues em locais diversos da Coordenadoria de Área de Protocolo**, e que, por isso, não sejam protocolizados no prazo legal. (grifou-se)

Considerando, assim, as citadas restrições impostas, concluiu pela irregularidade do instrumento convocatório nesse aspecto.

Em sua defesa (peça nº 24), os responsáveis limitaram-se a afirmar que o edital “não admitiu, previu, incluiu ou tolerou atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometeram, restringiram ou frustraram o caráter competitivo do certame”, não tendo sido tais alegações acolhidas pela 2ª CFM em sede de reexame (peça nº 28).

O Órgão Ministerial, no parecer conclusivo constante da peça nº 30, assentou que a previsão em comento macula o direito à ampla defesa e ao contraditório, restringindo a possibilidade de participação de possíveis interessados no certame, principalmente dos potenciais interessados que estão fisicamente distantes.

Acerca desse tema, cumpre esclarecer que o §1º do art. 41 da Lei nº 8.666/93 estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei, “devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação”. Vale ressaltar, no entanto, que o fato de o dispositivo indicar que o recebimento das impugnações pela repartição pública será mediante protocolo não quer dizer que tal protocolização deva, necessariamente, ser *in loco*.

Isso porque condicionar a apresentação de impugnações/recursos à protocolização da documentação na sede do órgão licitante pode, de fato, restringir o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa, em ofensa ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Nesse sentido, há várias manifestações deste Tribunal, a saber:

Limitar ao meio presencial a possibilidade de impugnar o edital ou oferecer recurso contra as decisões da Comissão Permanente de Licitação constitui flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, devendo ser permitidas as diversas formas de impugnação (presencial, via fac-símile e virtual)¹.

Limitar a apresentação de recursos e impugnações ao meio presencial restringe o direito dos licitantes ao contraditório e à ampla defesa².

¹ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 898.528. Segunda Câmara. Rel. Cons. José Alves Viana. Sessão de 14/06/18.

² Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 969.107. Primeira Câmara. Rel. Cons. Cláudio Terrão. Sessão de 20/09/16.

Na espécie, para não incorrer nessa falha, seria necessário que a Administração admitisse no instrumento convocatório, ainda que excepcionalmente, outras formas de interposição de impugnações/recursos, tais como: pela via postal, por e-mail e/ou por fax.

Atualmente, é indiscutível que a utilização de meios digitais para acompanhar e participar das atividades da Administração Pública vem ganhando cada vez mais relevância, ou seja, disposições contrárias à sua utilização não possuem respaldo legal e atentam contra a eficiência administrativa.

Por isso, tendo em conta que, no presente caso, o edital do Pregão Presencial nº 064/20 previu apenas a possibilidade de adoção do protocolo presencial para impugnações e/ou recursos, depreende-se que houve, sim, uma limitação ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa no certame, motivo pelo qual resta configurada a irregularidade apontada pela Unidade Técnica, sendo procedente esse apontamento.

C) Da exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial

A CFEL, em seu estudo preliminar (peça nº 14), considerou irregular o óbice imposto pelo item 44.b.a do edital do Pregão Presencial nº 064/20, que exigira, como requisito de habilitação, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial pelo licitante.

Em sua defesa (peça nº 24), os responsáveis limitaram-se a afirmar que o edital “não admitiu, previu, incluiu ou tolerou atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometeram, restringiram ou frustraram o caráter competitivo do certame”, não tendo sido tais alegações acolhidas pela 2ª CFM em sede de reexame (peça nº 28).

O *Parquet* de Contas, no parecer conclusivo constante da peça nº 30, registrou entendimento no sentido de que “o procedimento de recuperação judicial não pode ser confundido com a incapacidade da empresa em manter a sua fonte produtora, a sua atividade comercial ou a execução de seus contratos administrativos”, razão pela qual a exigência da referida certidão negativa viola o princípio da legalidade.

Ressalte-se que o item 44.b.a do edital do Pregão Presencial nº 064/20 (fls. 08/09 do arquivo “EDITAL” contido na peça nº 2) previu que:

44. Para efeito de habilitação no presente certame, a licitante - pessoa jurídica - deverá apresentar os documentos abaixo:

(...)

b. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

(...)

a) Certidão negativa de pedido de falência, recuperação judicial ou extrajudicial e de concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, em data de emissão não anterior a 90 (noventa) dias da data da abertura do certame, se outro prazo não constar do documento.

Para melhor compreender o tema, importa lembrar que o art. 31, II³, da Lei nº 8.666/93 resguarda a exigência de certidão negativa de falência ou concordata como documento

³ Art. 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

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 jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), consoante mencionado no relatório técnico, 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 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 econômica⁴.

Note-se que o raciocínio desenvolvido pelo STJ condena apenas as restrições do edital à participação de empresas em processo de recuperação judicial ou extrajudicial, pois não autorizadas expressamente no citado artigo da Lei de Licitações. Por esse entendimento, não há irregularidade na vedação à participação de empresas em processo de falência.

Cumpre 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.

Tal distinção realizada é importante e necessária, uma vez que já me pronunciei favoravelmente à imposição da exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial. Entretanto, frise-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 exemplo⁵.

Importante salientar que 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 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. (Denúncia nº 1.031.209. Segunda Câmara. Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão de 08/02/18)

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-

execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

⁴ STJ. Primeira Turma. AREsp. 309.867 ES 2013/0064947-3. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26/07/18. DJe. 08/08/18.

⁵ Denúncias nºs 1.058.853 e 977.532.

financeira da licitante. (Denúncia nº 986.583. Segunda Câmara. Conselheiro Gilberto Diniz. Sessão de 25/05/17)

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

D) Da exigência de atestados de capacidade técnica-operacional sem definição das parcelas de maior relevância ou valor significativo

A Unidade Técnica, à peça nº 14, observou que ao exigir, no item 44.c.b do instrumento convocatório, a apresentação de “atestado(s) de capacidade (...) que comprove(m) o fornecimento do objeto licitado ou semelhante” como requisito de habilitação, a Administração Pública não explicitou o quantitativo mínimo destinado a comprovar a execução de serviços similares e tampouco especificou quais seriam as parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo.

Concluiu, assim, que, “ao generalizar a comprovação da capacidade técnica, não indicando quais são os serviços reputados como essenciais e compatíveis ao objeto posto em disputa, a cláusula editalícia tende à subjetividade, colocando em risco o princípio do julgamento objetivo”.

Em sua defesa (peça nº 24), os responsáveis limitaram-se a afirmar que o edital “não admitiu, previu, incluiu ou tolerou atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometeram, restringiram ou frustraram o caráter competitivo do certame”, não tendo sido tais alegações acolhidas pela 2ª CFM em sede de reexame (peça nº 28).

O Órgão Ministerial, no parecer conclusivo constante da peça nº 30, considerou irregular o item em comento.

A respeito da comprovação da qualificação técnica, o art. 30, II, e §§1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 estabelecem:

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;

(...)

§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:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

(...)

§2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

Sobre a matéria, registro, também, a Súmula TCU nº 263, de 19/01/11:

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.

Observa-se, portanto, que as exigências relativas à experiência anterior dependem de determinação prévia das parcelas de maior relevância e valor significativo. Com isso, busca-se assegurar que exista relação lógica entre os atestados de qualificação técnica exigidos e o objeto licitado. Demais disso, é por meio da eleição das parcelas de maior relevância técnica que os licitantes terão conhecimento acerca dos atestados que serão considerados aceitos pela Administração, havendo previsibilidade acerca do que é esperado.

Por isso, a falta de previsão das parcelas de maior relevância e valor significativo resulta, de fato, em ofensa ao princípio do julgamento objetivo, já que permite à Administração Pública a possibilidade de, a seu critério, definir quais atestados enquadram-se nos requisitos técnicos e quais não se enquadram, facilitando o direcionamento do certame.

Ademais, conforme registrado pelo Órgão Técnico, este Tribunal já proferiu julgados pela irregularidade de exigência quanto à experiência anterior da totalidade do objeto licitado, *in verbis*:

(...) é imperioso ressaltar que esta Corte de Contas já proferiu julgados pela irregularidade de exigência quanto à experiência anterior de 100% (cem por cento) do objeto licitado, ou seja, não se admitiu exigir que os licitantes comprovassem, por meio de atestados de capacidade técnica, a execução de serviços idênticos ao que a Administração Pública pretendia contratar.

Desta forma, vem se admitindo exigências de até 50% (cinquenta por cento) da comprovação de execução dos serviços de mesma natureza, devendo a Administração, ainda, definir no instrumento convocatório quais as parcelas do objeto possuem maior relevância técnica ou valor significativo, e quais os serviços devem ser comprovados por meio dos atestados de capacidade técnica.

Nesse sentido, vejamos o entendimento adotado nos autos da Denúncia nº 1066567, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, publicado no dia 25/04/2019:

DENÚNCIA. REFERENDO. PREFEITURA MUNICIPAL. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA EM GESTÃO PÚBLICA PARA UTILIZAÇÃO DE SOFTWARES. EXIGÊNCIA DE CURSOS DE CAPACITAÇÃO PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA, NÃO EXIGIDOS EM LEI. RESTRIÇÃO À AMPLA COMPETITIVIDADE. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR DE 100% DO OBJETO LICITADO. PRESENTES OS REQUISITOS DA FUMAÇA DO BOM DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. [...]. Os tribunais pátrios admitem exigências de até 50% de comprovação de execução de serviços de mesma natureza dos que se pretende contratar, isto é, a Administração deve definir no instrumento convocatório quais parcelas do objeto possuem maior relevância, seja em relação ao seu valor ou a sua importância para o conjunto dos serviços, e definir em relação a quais serviços devem ser comprovados até 50% de experiência por meio dos atestados de capacidade técnica. (Denúncia nº 1066567, Rel. Cons. Wanderley Ávila, 2ª Câmara, Acórdão Publicado em 25/04/2019)

Assim, tendo em conta que, o edital do Pregão Presencial nº 064/20 deixou de especificar as parcelas de maior relevância e de valor significativo, contrariando os termos do art. 30, §2º, da Lei nº 8.666/93 e prejudicando a objetividade da apresentação e da análise das propostas, considero procedente o apontamento versado no presente tópico.

Responsabilidade pelas falhas apuradas

Diante do exposto, foram considerados procedentes os apontamentos referentes à exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações e interposição de recursos (item B), à exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial (item C) e à exigência de atestados de capacidade técnica-operacional sem definição de parcelas de maior relevância ou valor significativo (item D).

Compulsando os autos, verifico que a responsabilidade pelas falhas é da Senhora Maria Aparecida da Cruz, pregoeira do Município de Oratórios e subscritora do edital do Processo Licitatório nº 114/20, Pregão Presencial nº 064/20. É que, na qualidade de signatária do ato convocatório, a referida servidora, em princípio, 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 Filho⁶, “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum 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.

Nesse cenário, cumpre ressaltar, primeiramente, que, em situações muito semelhantes à narrada no **item B**, nas quais a possibilidade de interposição de recurso restringiu-se ao protocolo físico em local pré-definido no próprio ato convocatório, o Colegiado da Segunda Câmara tem optado por não sancionar o gestor responsável, considerando suficiente a expedição de recomendação, conforme se extrai dos excertos a seguir:

Denúncia nº 1.040.542. Segunda Câmara. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão de 27/1/18:

A restrição ao modo de interposição de recursos prevista no subitem 14.4 do instrumento convocatório em análise não encontra amparo na Lei nº 10.520, de 2002, como observado pelo *Parquet* de Contas, à fl. 664 dos autos, e pode, em princípio, restringir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

A meu sentir, entendo que o correto seria que o edital previsse o recebimento dos recursos da forma mais ampla possível, sem rejeitar o meio eletrônico. Todavia, não me parece que tenha chegado a ocorrer algum cerceamento ao contraditório ou à ampla defesa com a previsão de apresentação de recursos pessoalmente ou via correios, razão pela qual recomendo à Administração que, nos editais futuros, amplie a forma de recebimento de recursos, prevendo seu recebimento também por meio eletrônico, a fim de garantir, dessa forma, o mais amplo acesso aos participantes.

Denúncia nº 951.349. Segunda Câmara. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Sessão de 01/12/16:

Concordo, (...), com a ponderação feita pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas no sentido de não haver óbice à coexistência das diversas formas de impugnação (presencial, via fac-símile ou e-mail), razão pela qual julgo pertinente que se recomende aos responsáveis que em processos futuros façam ampliar as formas de impugnação ao edital por meio de inclusão em seus editais de tais possibilidades, de modo a tornar o controle da legalidade sobre os procedimentos licitatórios o mais amplo possível.

Denúncia nº 1.072.438. Segunda Câmara. Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro. Sessão de 12/03/20:

Conforme destaquei na decisão monocrática de fls. 371/374, de fato, a errata de fls. 204/205 não faz qualquer menção às condições para impugnação do edital, prevalecendo a disposição de que: “as impugnações devem ser protocoladas no setor de protocolo da Prefeitura, no andar térreo do endereço mencionado no preâmbulo, dirigidas ao Pregoeiro” (subitem 2.1 do item XVIII – Das Disposições Gerais e Finais).

A leitura do dispositivo acima, no entanto, demonstra que o item editalício em questão não é, necessariamente, contrário à citada previsão legal, (...).

Cabe salientar, ademais, que, como bem pontuaram a Unidade Técnica e o *Parquet* Especial, conforme corrobora o documento de fl. 390, juntado pelas responsáveis, a impugnação apresentada através de e-mail foi devidamente acolhida pela Prefeitura Municipal de Itajubá, pelo que entendo que não restou demonstrada a configuração de prejuízo ao erário ou de irregularidade grave. Assim, proponho que seja julgado improcedente o apontamento, tal como já decidi esta Corte na Denúncia n. 95134911, de Relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, sessão do dia 1º/12/2016, Segunda Câmara.

De todo modo, na esteira do entendimento da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, proponho que seja emitida recomendação ao atual gestor da Prefeitura de Itajubá para que, em futuras licitações, não elabore editais com cláusulas que restrinjam o direito de apresentação de esclarecimentos, impugnações e recursos, adotando-se as vias postal ou e-mail para tanto, uma vez que o art. 41, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 não impõe óbice à coexistência das diversas formas de impugnação.

Também no âmbito da Primeira Câmara existe precedente nesse sentido:

Dessa forma, considero irregular a restrição contida na Concorrência Pública nº 008/2018 quanto à apresentação de impugnações e recursos apenas com protocolização na Sala da Comissão Permanente de Licitação da Empresa de Construções, Obras, Serviços, Projetos, Transportes e Trânsito de Betim – ECOS. Contudo, deixo de aplicar multa aos responsáveis por entender que não ficou caracterizada a referida restrição à competitividade no certame *in casu*.

Na oportunidade, recomendo à atual Administração que nos futuros editais a serem deflagrados pelo órgão que não seja restringida a apresentação de impugnações e recursos à protocolização na Sala da ECOS.⁷

Assim, embora não se possa menosprezar a importância da garantia à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa na condução de procedimentos licitatórios, é preciso considerar o teor dos precedentes desta Corte sobre a matéria. Ademais, no caso ora analisado, não existem elementos que possibilitem a conclusão de que o disposto nos itens 63, 64, 68, 69 e 72 do ato convocatório tenha causado qualquer prejuízo à competitividade, especialmente diante do fato de que estas sequer foram objeto de impugnação pela denunciante ou por qualquer outro interessado no certame no âmbito desta Corte.

Diante disso, reputo suficiente a expedição de recomendação aos atuais prefeito e pregoeiro de Oratórios para que, em procedimentos licitatórios futuros, conceda a todos os interessados igualdade de condições, deixando de incluir cláusulas editalícias que restrinjam indevidamente o exercício do contraditório e da ampla defesa e prevendo, expressamente, que a entrega das impugnações e/ou recursos possa ser efetuada também pela via postal, por e-mail e/ou por fax.

No que se refere à falha constante no **item C**, é preciso reconhecer que a recuperação judicial substituiu a concordata no ordenamento jurídico brasileiro e que a Lei nº 8.666/93 não sofreu qualquer alteração para adequar seu texto a essa nova realidade normativa, de modo que consta ainda hoje em seu art. 31, II, a previsão de que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira inclui “certidão negativa de falência ou concordata”.

Nesse cenário, embora esses institutos apresentem feições distintas, o que levou o STJ a considerar incabível tal exigência, não há como considerar que a previsão contida no item 44.b.a do edital do Pregão Presencial nº 064/20 configura erro grosseiro.

Cumprе mencionar que o próprio Tribunal, consoante já informado, admite a proibição à participação de empresas em recuperação judicial em algumas hipóteses, em que o objeto possui maior vulto, de modo que é suficiente, no presente caso concreto, a expedição de recomendação aos atuais gestores municipais para que deixem de exigir, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Por outro lado, no caso da irregularidade descrita no **item D**, verifica-se que o vício constante do ato convocatório decorreu da inobservância de mandamentos legais expressos e que deveriam ser do conhecimento da agente responsável pela elaboração de editais de licitação no âmbito da municipalidade, o que evidencia, pois, a falta de cautela, inerente à culpa grave, da signatária do ato convocatório.

A responsável, ainda que não tenha agido com dolo, não se ateu às exigências previstas na legislação de regência, incluindo no edital cláusulas que se mostraram potencialmente restritivas à ampla competitividade, podendo ter afastado eventuais interessados em participar do certame. Tal incorreção, no contexto dos autos, configura, a meu ver, erro grosseiro, autorizando a responsabilização da agente, nos termos do art. 28 da LINDB.

⁷ Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Denúncia nº 1.054.181. Primeira Câmara. Rel. Cons. José Alves Viana. Sessão de 23/04/19.

Destarte, com fundamento no art. 85, II, da Lei Orgânica desta Corte, verifico restar configurada a hipótese de aplicação de multa à subscritora do ato convocatório no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pela falha constante no item D.

De outro lado, não vislumbro a mesma participação nos fatos do outro agente indicado como responsável, isto é, o Senhor José Antônio Delgado, prefeito municipal.

Assim, desconstituindo a premissa de que o agente pode ser responsabilizado apenas em razão de ocupar determinado cargo ou função na Administração Pública, entendo que não houve caracterização de dolo ou de erro grosseiro por parte do então prefeito, notadamente considerando que as irregularidades apuradas não derivaram de atos por ele praticados.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a denúncia apresentada em face do edital do Processo Licitatório nº 114/20, Pregão Presencial nº 064/20, deflagrado pelo Município de Oratórios, em razão da:

- a) exigência de protocolo presencial para apresentação de impugnações e interposição de recursos;
- b) exigência de certidão negativa de recuperação judicial ou extrajudicial; e
- c) exigência de atestados de capacidade técnica-operacional sem definição de parcelas de maior relevância ou valor significativo.

Em razão disso, nos termos do inciso II do art. 85 da Lei Orgânica, aplico à Senhora Maria Aparecida da Cruz, pregoeira e subscritora do edital, multa no valor total de R\$1.000,00 (mil reais), em razão da falha descrita na alínea “c”.

Em relação às falhas descritas nas alíneas “a” e “b”, reputo suficiente, nos termos da fundamentação, a expedição de recomendação aos atuais prefeito e pregoeiro de Oratórios para que, em procedimentos licitatórios futuros, conceda a todos os interessados igualdade de condições, (i) deixando de incluir cláusulas editalícias que restrinjam indevidamente o exercício do contraditório e da ampla defesa e prevendo, expressamente, que a entrega das impugnações e/ou recursos possa ser efetuada também pela via postal, por e-mail e/ou por fax, bem como (ii) deixando de exigir, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Intimem-se os responsáveis e a denunciante acerca do teor desta decisão.

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

* * * * *