

Processo: 1047863
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Green Ambiental Eireli
Denunciado: Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS
Responsáveis: Cristiano Prates Leite dos Reis, Elaine Cristina Barros Caldeira, Fabiana de Ávila Modesto, Wilber Jose de Souza
Apenso: 1047939, Denúncia
Procurador: Ana Flávia Landim da Cunha Pereira, OAB/MG 187.107; Camila Morato de Araújo, OAB/MG 165.021; Cristiano Prates Leite dos Reis, OAB/MG 126.481; Filipe de Araújo Lima e Ferreira, OAB/MG 142.173; Gabriel Senra da Cunha Pereira, OAB/MG 112.512; Henrique Tunes Massara, OAB/MG 112.516
MPTC: Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO

SEGUNDA CÂMARA – 19/5/2022

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS DOMICILIARES/COMERCIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROCURADOR JURÍDICO. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. VEDAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL. PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. NÃO EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. DISCRICIONARIEDADE. CASO CONCRETO. ARQUIVAMENTO.

1. A responsabilização do parecerista depende da análise da natureza jurídica do parecer, da análise da peça e dos elementos que a motivaram, se ele está alicerçado em lições de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, baseada em interpretação razoável de lei, o que só pode ser elucidado ao se empreender o exame do mérito.
2. Empresas em recuperação judicial não podem ser impedidas de participar de procedimento licitatório, sob pena de impor restrição ao caráter de competitividade do certame, além de contrariar os ditames da Lei n. 11.101/05.
3. Nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, é legal, em situações específicas, para a comprovação da capacidade técnico-profissional de licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar, cabendo à Administração demonstrar que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser contratada. Não obstante, inexistindo no instrumento convocatório exigência de quantitativos mínimos atrelados à capacidade técnico-profissional, não há que se falar em irregularidade, tendo em vista o disposto no § 1º, inciso I, do art. 30 da Lei n. 8.666/1993.

4. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o requisito da comprovação da capacidade técnica dos licitantes apresenta certo nível de discricionariedade da Administração Pública, que poderá exigí-lo em seu viés operacional, a depender do caso concreto. Assim, a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional é, em regra, possível, no entanto, não se vislumbra que seja obrigatória.

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 na proposta de voto do Relator, em:

- I) não acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo sr. Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor jurídico do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, pois possível conclusão de não ter sido demonstrado que agiu com dolo às supostas irregularidades apontadas ou que, de forma culposa, incidiu em erro grosseiro inescusável, diz respeito ao próprio mérito da denúncia, além de sua condição de subscritor do edital da concorrência pública sob exame;
- II) julgar, no mérito, parcialmente procedente a denúncia, tendo em vista a irregularidade referente à vedação da participação de licitantes em recuperação judicial, prevista no Item 4.2.2 da Concorrência Pública n. 01/2018, promovida pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, em afronta ao art. 58 da Lei n. 11.101/2005; bem como à exigência de Certidão Negativa de Dívida Ativa da União, e, ainda, à exigência de comprovação de capacidade técnica em quantitativo superior a 50% do objeto do certame;
- III) deixar de aplicar multa aos responsáveis, considerando que a irregularidade contida no item 4.2.2 do edital não comprometeu a competitividade nem o interesse público, uma vez que, das várias empresas que participaram do certame, nenhuma foi inabilitada por estar em recuperação judicial ou por não ter apresentado certidão de quitação de tributos fiscais e, ainda, por não comprovar a capacidade técnica em quantitativo mínimo superior ao previsto na Lei de Licitações;
- IV) recomendar à atual gestão do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos e ao responsável pelo setor de licitação que, nos futuros editais, façam constar, na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, além da exigência do plano de recuperação judicial homologado, a necessidade de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente certificando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório, na forma do art. 58 da Lei n. 11.101, de 2005, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira do proponente;
- V) recomendar, ainda, que, ao fixar os requisitos de habilitação, faça uso dos termos regularidade fiscal e regularidade trabalhista, em detrimento de certidão negativa de quitação, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de possíveis certidões positivas com efeito de negativa;
- VI) recomendar que o atual gestor do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS, ao fixar os requisitos de habilitação, abstenha-se de exigir número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens e serviços que se pretende contratar,

a não ser que a especificidade do objeto o exija, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação;

- VII)** determinar, após o trânsito em julgado e a adoção das medidas cabíveis, o arquivamento dos autos.

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

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 19 de maio de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

LICURGO MOURÃO
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 19/5/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia formulada, com pedido liminar, pela empresa Green Ambiental Eireli, em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório n. 003/2018 - Concorrência Pública n. 001/2018, instaurado pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos (CPGRS) formado pelos Municípios de Alvinópolis, Bela Vista de Minas, João Monlevade, Nova Era, Rio Piracicaba, São Domingos do Prata, Passabem e Santa Maria de Itabira, cujo objeto consistiu na contratação de empresa para execução de serviços de gerenciamento do destino final dos resíduos sólidos domiciliares/comerciais dos municípios participantes do consórcio.”, com a despesa mensal estimada em R\$225.873,15 (duzentos e vinte e cinco mil oitocentos e setenta e três reais e quinze centavos) (fls. 27/34/peça 13).

A Denúncia em apenso n. 1047939, formulada pela Construtora Pontes de Minas Ltda., também com pedido liminar de suspensão da Concorrência Pública n. 001/2018, apontou irregularidades no referido procedimento licitatório.

As denunciantes alegaram, em síntese, que o Edital de Concorrência Pública n. 001/2018 padeceu das seguintes irregularidades:

Denúncia n. 1047863 (principal):

– vícios e ilegalidades diversas contidas no projeto executivo e no memorial descritivo os quais, segundo a denunciante, inviabilizam a elaboração da proposta de preços.

Denúncia n. 1047939 (apenso):

- vedação à participação de empresas em recuperação judicial, Cláusula 4.4.1 do edital;
- exigência de certidão negativa de dívida ativa da união, Cláusula 4.2.2 do edital;
- exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas, Cláusula 19.1.3 do edital;
- exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade técnica-profissional, Cláusula 4.3.1, alínea “a”, do edital;
- exigência de quantitativos mínimos superiores a 50% - ausência de justificativa;
- não exigência de comprovação de capacidade técnica operacional.

As denúncias foram recebidas pelo conselheiro presidente em 3/8/2018 (principal/fl. 104/peça 13), e em 14/8/2018 (apenso/fl. 170/peça 6).

Posteriormente foram distribuídas à minha relatoria, em razão da conexão da matéria, e depois de regular intimação para prestar esclarecimentos, o sr. Wilber José de Souza, presidente do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, acostou aos autos a manifestação de fls. 111/116/peça 13, acompanhada da documentação de fls. 117/252/peça 13 e fls. 2/214/peça 14, e as sras. Elaine Cristina Barros Caldeira, presidente da Comissão de Licitação do CPGRS, e Fabiana Ávila Modesto, secretária executiva do CPGRS, acostaram aos autos a documentação de fls. 215/216/peça 14, respectivamente.

Instada a se manifestar, a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL emitiu relatório de peça 6 pela procedência da denúncia e sugeriu a análise da Coordenadoria de Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CFOSE, nas questões técnicas denunciadas que envolvem a área de engenharia, bem como a citação dos responsáveis e parecer preliminar do Ministério Público de Contas – MPC.

Na sequência, os autos foram encaminhados à 2ª Coordenaria de Obras e Serviços de Engenharia – 2ª CFOSE para análise dos apontamentos de sua competência, que elaborou o relatório de peça 7.

Ato contínuo, o MPC manifestou-se preliminarmente na peça 11, pela irregularidade da exigência de Certidão Negativa de Recuperação Judicial, conforme estabelecido no Item 4.4.1, da Concorrência Pública n. 001/2018, devendo ser oportunizado o contraditório e ampla defesa.

Devidamente citados, os srs. Wilber José de Souza, Fabiana Ávila Modesto, Elaine Cristina Barros Caldeira, já identificados, e Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor jurídico, apresentaram defesas nas peças 25, 27, 29 e 31.

Mais à frente, a 2ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios – 2ª CFM ao verificar que o contrato decorrente da licitação já estava em execução e a competência da CFEL se restringiu ao exame prévio de ato convocatório de licitação, tendo sido excluídos os processos com contratos firmados, sugeriu na peça 35, a remessa dos autos à 2ª CFOSE para a análise das razões de defesa apresentadas, referentes aos apontamentos de competência daquela Coordenadoria.

A 2ª CFOSE emitiu o relatório de peça 37, pelo não acolhimento das razões de defesa apresentadas quanto aos seguintes apontamentos:

- (1) O Edital 001/2018 fez exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade técnica-profissional sem, no entanto, apresentar justificativa adequada para essa exigência (Processo apenso N° 1047939);
- (2) O Edital 001/2018 não fez exigência de comprovação da capacidade técnica operacional dos licitantes (Processo apenso N° 1047939);
- (3) O Edital 001/2018 exigiu dos licitantes comprovação de experiência anterior na execução dos serviços licitados com quantitativos operacionais mínimos superiores a 50% do objeto do edital sem apresentar justificativa para essa exigência (Processo apenso N° 1047939);
- (4) O Edital 001/2018 ofertou em seu item 4.3.7.1, de forma optativa, visita técnica ao aterro sanitário objeto do edital em data única, dia 01 de agosto de 2018 entre 14 e 16 horas. A data única acarretou prejuízo a competitividade do certame licitatório.

Sugeriu, ainda, a aplicação de sanção e recomendação aos responsáveis que, nas próximas licitações, exijam em separado a comprovação de atestados de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional das empresas participantes dos certames para fins de habilitação técnica.

Ato contínuo, o MPC emitiu o parecer conclusivo de peça 40, opinando pela procedência parcial da denúncia e aplicação de multa aos responsáveis.

É o relatório, em síntese.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar de ilegitimidade passiva

Preliminarmente, o sr. Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor jurídico do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, alega em sua defesa que, com base art. 133 da Constituição Federal c/c art. 2º da Lei n. 8906/94, no exercício da atividade profissional, é garantido a todo advogado liberdade de manifestação de pensamento em suas peças processuais e que em um Estado Direito não é aconselhável submeter referido profissional a um processo por ter exercido tal prerrogativa.

Colaciona decisão do Supremo Tribunal Federal – STF que versa sobre o exercício da advocacia e o respeito às suas prerrogativas profissionais, sobretudo a liberdade de manifestação de pareceristas (peça 25).

Logo, aduz não ser possível sua responsabilização que só seria cabível quando, no exercício de suas funções, agir com dolo ou culpa, consubstanciado no erro grosseiro e inescusável.

Com isso, apresenta explanação sobre a responsabilidade subjetiva, fundada na Teoria da Culpa, que demanda a comprovação: 1) da ação ou omissão do agente, 2) da culpa em sentido amplo, 3) do efetivo dano ao erário público, 4) do nexo causal entre a conduta do parecerista e o dano, necessário, para tanto, prova inconteste da ocorrência de tais condutas. Por fim, conclui inexistir no caso dos autos, erro grave e inescusável e sim divergências de interpretação, que não se caracterizam como erro jurídico e sendo, por conseguinte, imprópria qualquer imputação de culpa, por ação ou omissão, ao Assessor Jurídico.

A 2ª Coordenadoria de Fiscalização de Municípios – 2ª CFM, na peça 35, manifestou pelo acolhimento da questão preliminar por entender que é preciso que se estabeleça nexo de causalidade entre a conduta do parecerista e a ocorrência efetiva do dano ao erário, o que não ocorreu no presente caso. Cita decisão recente desta Corte de Contas acerca da responsabilidade do parecerista jurídico: de que “o Tribunal de Contas não é instância disciplinar de pareceristas jurídicos, os quais somente se sujeitam a sanções no âmbito do controle externo pela emissão de seus pareceres quando houver nexo causal entre estes e o ato de gestão irregular”. Por esse motivo, concluiu pela exclusão do defendente, do polo passiva destes autos.

Por sua vez, o MPC, no parecer de peça 40, destacou que o Assessor Jurídico foi subscritor do Edital de Concorrência Pública n. 001/2018, Processo Administrativo n. 003/2018, conforme verificou às fls. 132/153/peça 13, dos autos principais, Denúncia n. 1047863.

Portanto, tendo em vista a responsabilidade do sr. Cristiano Prates Leite dos Reis na condição de subscritor do Edital da Concorrência Pública n. 001/2018, e não como assessor jurídico parecerista, o MPC concluiu que não merece ser acolhido o pedido preliminar de ilegitimidade passiva por ele arguida.

Cumpra observar que, ao contrário do que entendeu a 2ª CFM, esta Corte de Contas pode responsabilizar o parecerista, quando este contribui para a prática de ato irregular, como já decidiu a Segunda Câmara, na sessão do dia 8/10/2020, nos autos da Representação n. 1047644, de relatoria do conselheiro substituto Victor Meyer, *in verbis*:

(...)

5. O Tribunal de Contas, em regra, não funciona como instância disciplinar de pareceristas jurídicos, que somente estão sujeitos à aplicação de sanções quando e na medida em que houverem concorrido para a prática de atos de gestão irregulares.

Visto isso, é possível concluir que o parecerista jurídico não tem, de fato, responsabilidade imediata em virtude de sua função consultiva. Isso porque o advogado tem a liberdade de opinar sobre a matéria que lhe for submetida à apreciação. Contudo, o comando estatuído no art. 133 da Constituição Federal não pode conduzir o intérprete à conclusão de que a inviolabilidade é genérica e permissiva de modo a alcançar atos ilícitos. Nesse sentido, Marçal Justen Filho leciona:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que vier a ser praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela inviabilidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem

atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.¹

Em linhas gerais, a responsabilização do parecerista de órgão público depende da análise da natureza jurídica do parecer, da análise da peça e dos elementos que a motivaram, se ele está alicerçado em lições de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, baseada em interpretação razoável de lei, o que só pode ser elucidado ao se empreender o exame do mérito.

Possível conclusão de não ter sido demonstrado que o agente agiu com dolo em relação às supostas irregularidades apontadas ou que, de forma culposa, incidiu em erro grosseiro inescusável diz respeito, portanto, ao próprio mérito da denúncia, não havendo falar em ilegitimidade passiva.

Por essas razões, não acolho o pedido de ilegitimidade passiva feito pelo sr. Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor Jurídico do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, mormente considerando a sua condição de subscritor do edital da concorrência pública sob exame.

Mérito

Passo à análise individualizada das irregularidades apontadas pelas denunciantes e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, em cotejo com a documentação que instrui os autos e as razões apresentadas pela defesa.

1. Da vedação à participação de empresas em recuperação judicial

A denunciante alegou que a exigência contida no Item 4.4.1 do edital da Concorrência Pública n. 001/2018 foi ilegal por excluir da participação do certame de empresas que se encontram em situação de recuperação judicial (autos 1047939), *verbis*:

4.4 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

4.4.1 Certidão Negativa de Falência, Recuperação judicial ou Extrajudicial, Concordata expedida dentro dos 90 (noventa) dias antecedentes à data de abertura desta licitação ou segundo as disposições contidas no documento acerca do prazo de validade dele, admitindo-se certidões digitais. (g.n.)

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, em exame de peça 6, entendeu que “a expressão “Certidão Negativa” refere-se à falência, logo, não se pode concluir que a cláusula 4.4.1 do edital vedou, no processo licitatório, a participação de empresas em recuperação judicial e salientou que tal previsão editalícia “não impede a participação no certame de empresa em recuperação judicial, mas exige que seja apresentada na habilitação esta condição, sob pena de inabilitação”. Portanto, concluiu pela improcedência da denúncia quanto a este item.

Em manifestação preliminar de peça 11, o *Parquet* de Contas entendeu ser ilegal a exigência contida no Item 4.4.1 do Edital de Concorrência Pública n. 01/2018, e destacou que o art. 31, II, da Lei de Licitações deve ser adaptado ao atual regime da Lei de Falências - Lei n. 11.101/2005, que extinguiu o instituto da concordata e instituiu o regime de recuperação judicial, de forma que a remissão à concordata do referido artigo deve ser entendida como recuperação judicial.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Dialética. São Paulo. 15 ed., 2012, p. 596).

Com arrimo na jurisprudência deste Tribunal de Contas, do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, o órgão ministerial elucidou que a recuperação judicial não é fato impeditivo para a participação em certames públicos (peça 11).

Em defesa acostada nas peças n. 25, 27, 29 e 31, os responsáveis apresentaram os seguintes esclarecimentos, *ipsis litteris*:

É exigência comum a todo e qualquer processo licitatório e redação usual, da mais simples intelecção, sem qualquer exigência de interpretação, a contida no item 4.4.1 do edital em comento, que se transcreve:

(...)

Não há no edital qualquer restrição a participação das empresas em processo de recuperação judicial, o que se exige é a CERTIDÃO, a qual, conforme bem sabido, visa atestar o estado de coisa, ou seja, a causa, motivo, razão ou circunstância da empresa em eventual processo de recuperação judicial. De mais a mais a expressão “negativa” constante do item 4.4.1 do edital, apenas faz reproduzir a Lei das Licitações em seu artigo 31, inciso II:

(...).

O MPC em parecer conclusivo de peça 40, destacou que apesar de os responsáveis terem argumentado que 33 (trinta e três) empresas solicitaram o edital da Concorrência Pública n. 001/2018, sendo que 10 (dez) compareceram à sessão inaugural, credenciamento e abertura de envelopes, isso não afasta a irregularidade ora analisada, visto que a Administração não pode impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, podendo ser delas exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.

Contudo, o MPC evidenciou que como não houve nos autos notícia de que alguma licitante tenha sido inabilitada por descumprimento da regra estabelecida no item 4.4.1 do Edital de Concorrência Pública n. 01/2018, entendeu que bastaria ser expedida recomendação ao Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos para que não incorra na mesma irregularidade nos próximos procedimentos licitatórios.

De fato, assiste razão à manifestação ministerial de que nos editais de licitação não pode haver vedação à participação de licitantes que estejam em recuperação judicial, podendo ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital, em consonância com o entendimento assente neste Tribunal, a exemplo das Denúncias n. 1092379 (DOC de 17/3/2022); n. 1104850 (DOC 18/1/2022); n.1007411 (DOC 17/2/2021).

Contudo, no caso concreto, como a irregularidade contida no Item 4.4.1 do edital da Concorrência Pública n. 001/2018, não comprometeu a competitividade nem o interesse público, posto que várias empresas participaram e nenhuma foi inabilitada por estar em recuperação judicial, deixo de sancionar os responsáveis.

Destarte, recomendo à atual gestão do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos e ao responsável pelo setor de licitação que, nos futuros editais de licitação, façam constar, na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, além da exigência do plano de recuperação judicial homologado, a necessidade de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente certificando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório, na forma do art. 58 da Lei n. 11.101, de 2005, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira do proponente.

2. Da exigência de Certidão Negativa de Dívida Ativa da União

Nos autos da Denúncia n. 1047939, a denunciante alega ser ilegal o Item 4.2.2 do Edital de Concorrência Pública n. 01/2018, que exige, *verbis*:

4.2 – Regularidade fiscal e trabalhista

(...)

4.2.2 – Prova de regularidade com a Fazenda Federal, Dívida Ativa da União e INSS (**Certidão de Quitação de tributos e Contribuições Federais e Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União**, fornecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, respectivamente, em conjunto, nos termos da IN RFB n. 734/2007 e do Decreto n. 6.106/2007). A certidão conjunta PGFN/RFB será emitida em nome do estabelecimento matriz, ficando condicionada à regularidade fiscal de todos os estabelecimentos filiais, conforme disposto no §1º da IN/RFB n. 734/2007; (grifo nosso)

Aduz que a dívida ativa engloba débitos não fiscais, como, por exemplo, multas por eventuais infrações administrativas e débitos impertinentes e incompatíveis com o objeto contratual, que extrapolam os limites da exigência prevista no art. 29, III, da Lei n. 8.666/93.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL concluiu pela irregularidade da exigência. De acordo com a análise, o edital da Concorrência Pública n. 01/2018, ao especificar que a comprovação da regularidade fiscal da licitante seria feita mediante exigência de apresentação da “Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União” (subitem 4.2.2), extrapolou o disposto no art. 29, III, da Lei n. 8.666/93 (peça 6).

Os defendentes apresentaram os seguintes esclarecimentos nas peças n. 25, 27, 29 e 31, que a palavra “quitação” constante do item 4.2.2, fez reproduzir antiga terminologia utilizada nas certidões em tempos outros emitidos pela Receita Federal do Brasil – RFB.

Elucidaram que “a redação ali contida não pode ser entendida como restritiva, ao passo de afirmar que somente seriam aceitas as empresas que apresentassem certidões negativas, vez que, como sabido, as certidões positivas com efeitos negativos, ou vice-versa, como queiram, produz os mesmos efeitos garantidores do direito à participação no certame”. Dessa feita, os responsáveis atestam que não há qualquer ilegalidade sobre a terminologia utilizada no edital em comento.

Em reexame de peça n. 35, a 2ª CFM entendeu que, embora a terminologia utilizada tenha sido tecnicamente incorreta, “não houve elementos nos autos que evidenciassem a ocorrência de cerceamento de competitividade no caso em tela, eis que os defendentes ressaltaram que a interpretação da cláusula, na prática, não foi restritiva, e com isso concluiu pela expedição de recomendação ao Consórcio.

O MPC, peça 40, assente com o posicionamento de Marçal Justen Filho que entende ser inconstitucional uma interpretação extensiva da regularidade fiscal prevista no art. 29, III, da Lei n. 8.666/93², concluiu que a exigência prevista no Item 4.2.2 da Concorrência Pública n. 01/2018 foi irregular.

Por outro lado, ponderou que pela previsão contida na Portaria PGFN/RFB 1.751/2014, de que a prova da regularidade fiscal perante a Fazenda federal, constitui a apresentação da Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais, expedida pela Secretaria da Receita

² Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; (...) (g.n)

Federal, e da Certidão quanto à Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, não se poderia reputar como dolosa a conduta adotada pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos ao incluir a exigência prevista no Item 4.2.2 da Concorrência Pública n. 01/2018.

Diante dessa dicotomia, entendeu o *Parquet* que deveria ser expedida recomendação ao Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos para que não incorra na mesma irregularidade nos próximos procedimentos licitatórios por ele deflagrados.

Acorde com a unidade técnica e MPC, em que pese o uso incorreto da terminologia empregada no item analisado, não houve comprometimento da competitividade nem do interesse público, posto que das várias empresas participaram e nenhuma foi inabilitada por não apresentar certidão de quitação de tributos fiscais, e por esse motivo, deixo de sancionar os responsáveis.

Logo, recomenda-se que o Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS, ao fixar os requisitos de habilitação, faça uso dos termos regularidade fiscal e regularidade trabalhista, em detrimento de certidão negativa de quitação, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de possíveis certidões positivas com efeito de negativa.

3. Da exigência de comprovação de pagamento de encargos para pagamento de faturas

A denunciante alega que o Item 19.1.3 do Edital de Concorrência Pública n. 01/2018 condiciona o pagamento das faturas dos serviços prestados ao pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. Segundo a denúncia, tal exigência seria ilegal por caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Aduz que a única medida possível diante do inadimplemento de obrigações fiscais do contratado é a rescisão contratual, jamais a retenção de pagamentos (autos 1047939).

O denunciante alega, também, que a expressão “encargos comerciais” é muito ampla e coloca a fornecedora em condição de absoluta insegurança jurídica.

Em exame de peça 6, a CFEL, tendo em vista que a retenção de pagamento não constou na relação das sanções administrativas passíveis de serem aplicadas nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, conforme art. 87 da Lei n. 8.666/93, concluiu pela ilegalidade da exigência prevista no subitem 19.1.3 do edital.

O Item 19.1.3 do edital de Concorrência Pública n. 01/2018 assim previu:

19 – DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO E REAJUSTE

(...)

19.1.3 - Após adimplemento mensal do contrato, mediante nota fiscal/fatura e comprovação de pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato e medição discriminada e pormenorizada assinada pelo RT do CPGRS, o Contratante promoverá o pagamento do valor devido, em moeda corrente, até o último dia de cada mês.

Nas defesas acostadas às peças n. 25, 27, 29 e 31, os responsáveis aduziram que a exigência dessa comprovação de regularidade, em conjunto com os demais documentos, foi necessário para cercar o consórcio de todas as cautelas necessárias, com criteriosa análise dos documentos apresentados, eis que uma vez constatado que a empresa estaria em débito com o FGTS, nos termos da Lei n. 9.012/95, esta não poderia celebrar contrato de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com órgão público, não poderia participar de concorrência pública e ficaria proibida de conseguir empréstimos, financiamentos, dispensa de juros, multa e correção monetária ou qualquer outro benefício junto às instituições oficiais de crédito.

Aduziram que nas contratações com o ente público observaram o inciso XIII do art. 55 da Lei 8666/93 que é “a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em

compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”. Com isso, afirmaram que durante a execução dos contratos administrativos com pagamento em parcelas mensais, “deve-se exigir, em estrita proteção ao ente público, as comprovações dos recolhimentos previdenciários, fiscais e trabalhistas, sob pena de, em não o fazendo, responder solidariamente o ente público”. E que, portanto, não houve qualquer caráter confiscatório na exigência.

Em sede de reexame, a unidade técnica manteve o entendimento pela procedência da denúncia por considerar que a exigência contida no subitem 19.1.3 do edital, feriu o princípio da legalidade e também o disposto no art. 87 da Lei n. 8.666/93 (peça n. 35).

O MPC, em parecer conclusivo de peça 40, ao revés, concluiu pela regularidade da exigência contida no Item 19.1.3 da Concorrência Pública n. 01/2018, eis que quando da realização de cada pagamento, o fiscal do contrato não só pode, mas deve exigir a comprovação de sua adimplência a qualquer momento, atitude esta que constitui o mínimo de postura e atitude necessárias ao desempenho da sua atribuição.

Em consonância com o MPC, entendo que os órgãos e entidades da Administração Pública devem incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação de o contratante manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula contratual, a rescisão do contrato e a execução da garantia, para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades previstas em lei (art. 55, XIII, 78, I, 80, III, e 87, da Lei 8.666/93), razão pela qual considero im procedente este tópico.

4. Ausência de exigência de comprovação da capacidade técnica-operacional e cobrança da capacidade técnica-profissional dos licitantes (Processo apenso n. 1047939)

A denunciante alegou que, em contrassenso às exigências exageradas das capacidades técnico-profissionais, a Administração se omitiu em relação às capacidades técnico-operacionais. De acordo com o documento da denúncia, “Se o serviço é de tamanha relevância, a justificar as rigorosas exigências quanto ao responsável técnico, por que não foi feita nenhuma exigência de capacidade técnica-operacional dos licitantes?”

Ainda, no mesmo documento, apresentou seu entendimento sobre o problema:

Tal omissão, no entender dessa denunciante, põe em risco a segurança da contratação, pois não garante minimamente que o contrato será fielmente executado por empresa que não detém a capacidade técnica operacional mínima para tanto, conforme defendido pela própria denunciada no julgamento da impugnação apresentada por esta empresa.

A denunciante alegou irregularidade também “na exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade técnica-profissional, constante da cláusula 4.5.1, “a”.

Em sequência foi transcrita a citação da cláusula questionada:

4.3 - Quanto à Qualificação Técnica

4.3.1 Atestado de Capacidade Técnico-Profissional de Engenheiro Civil/Ambiental e/ou Sanitarista, expedido por pessoa jurídica de direito privado ou por órgão da Administração Direta ou Indireta da União dos Estados ou dos Municípios, em nome de profissional comprovadamente integrante do quadro permanente da proponente como empregado ou sócio administrador da sociedade, comprovando ter o referido Profissional, sido responsável técnico pela execução de serviços de natureza pertinente com o objeto licitado compreendendo no mínimo os seguintes serviços:

a) Gerenciamento do destino final dos resíduos sólidos domiciliares/comerciais com volume mínimo de 50 toneladas por dia, através da operação, manutenção e monitoramento em aterro sanitário.

A 2ª CFOSE em sua inicial de peça 7, evidenciou que não se encontra na legislação aplicável (Lei 8.666/1993) nem nas jurisprudências dos Tribunais de Contas a obrigatoriedade da exigência de capacidade técnica-operacional em processos licitatórios, no entanto, a doutrina aponta no sentido de que esta é relevante à Administração nas contratações de elevada complexidade.

Observou que houve uma confusão entre os requisitos de habilitação técnica, visto serem estes aferidos por meio de atestados de capacidade técnico-profissional e de capacidade técnico-operacional. Discorreu que a capacitação técnico-operacional se refere à experiência da pessoa jurídica e a técnico-profissional demonstra a experiência de profissionais da empresa na execução de obra ou serviço de engenharia similar ao objeto licitado.

Analisando o objeto do edital, a unidade técnica constatou que a operação de aterro sanitário é, de fato, objeto de certa complexidade técnica, visto que não se trata de simples disposição de resíduos no solo.

Ressaltou que a empresa vencedora da licitação realiza uma atividade que envolve conhecimentos geotécnicos, químicos, urbanísticos, estatísticos e ambientais. Sendo assim, no entendimento da unidade técnica caberia neste edital a cobrança de atestado de qualificação técnica-operacional, uma vez que existem diversos riscos sociais e ambientais associados à operação desse objeto, por exemplo: contaminação de mananciais aquáticos, riscos de desabamentos e liberação de gases tóxicos e inflamáveis.

Inicialmente, os defendentes alegaram ser contraditório a denunciante insurgir-se contra supostos excessos em relação à exigência de comprovação de execução de quantitativos mínimos por meio de atestados de capacidade técnico-profissional e na sequência reclamar da ausência de comprovação de capacidade técnico-operacional das empresas.

Afirmaram que o art. 30 da Lei 8.666/93 estabelece o rol máximo a ser exigido dos licitantes para fins de comprovação de capacidade técnica e não uma listagem mínima a ser exigida em toda e qualquer situação. Ademais, alegaram que se depreende do disposto no mesmo artigo ser possível a comprovação da qualificação técnica sob dois aspectos: um relacionado a estrutura da empresa/licitante que participará de determinado certame licitatório (técnico-operacional); e outro concernente aos profissionais que integram a empresa participante da licitação (técnico-profissional).

Pontuaram que, dentre os requisitos de comprovação técnica a ser exigida, está a “prova de atendimento de requisitos em lei especial” (inciso IV, art. 30). Assim, afirmaram que para além das disposições da Lei n. 8.666/93, há que se considerar o que se disciplina a Resolução n. 1.025/09 do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA).

Fundamentados nessa Resolução, alegaram que a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) e a Certidão de Acervo Técnico (CAT) somente são emitidas em nome do profissional e que a capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica é representada pelo conjunto dos acervos técnicos dos profissionais integrantes de seu quadro.

Concluíram, portanto, que os atestados exigidos em relação ao profissional, juntamente com os documentos de qualificação econômico-financeira e demais documentos exigidos dos licitantes, afastam qualquer risco de não execução do objeto. Além disso, afirmaram que, ao invés de essencial, conforme alegado pela denunciante, o atestado de capacitação técnico-operacional é, quando muito, complementar, em razão de não ser a empresa detentora de acervo técnico, fazendo-se sem força vinculante e probatória o atestado de capacidade técnico-operacional da empresa.

O MPC não se manifestou quanto a este tópico.

No reexame de peça 37, a 2ª CFOSE reiterou ser ilegal o estabelecimento de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnico-profissional, conforme disposto expressamente no art. 30, § 1ª, inciso I, da Lei n. 8666/93, sendo que esta somente é possível em relação à comprovação da capacidade técnica-operacional da empresa licitante. Logo, concluiu pela rejeição das razões de defesa apresentadas.

Por isso, sugeriu que fosse recomendado ao Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos que faça a separação, nos Editais de licitação, entre capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional, além das cobranças adequadas em cada um destes pontos.

Sobre a questão da qualificação técnica, devem ser diferenciados dois aspectos, quais sejam, a capacidade técnico-operacional e a capacidade técnico-profissional. A primeira se refere à capacidade operativa da empresa licitante e a segunda à qualificação dos profissionais integrantes dos quadros permanentes da licitante a ser contratada e que irá executar o objeto pretendido. Sobre a capacidade técnico-profissional, cerne deste apontamento, especificamente em razão da vedação expressa de exigência de quantitativos mínimos para fins de sua comprovação, conforme o art. 30, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993, não desconheço o entendimento do TCU de que, em situações extraordinárias:

[...] é legal, para a comprovação da capacidade técnico- profissional de licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar, cabendo à Administração demonstrar que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser contratada. (Acórdão n. 2.032/2020-Plenário, data da sessão 5/8/2020, relator ministro- substituto Marcos Bemquerer).

Note-se que a parte final do inciso I do §1º do art. 30 da Lei n. 8.666/93, ao se referir aos atestados de capacitação técnico-profissional, veda exigências de quantidades mínimas. Em vista disso, parte da doutrina e da jurisprudência defende que o edital somente pode exigir quantitativo mínimo em relação aos atestados de capacidade técnico-operacional. Estaria vedada a exigência no que tange aos atestados de capacidade técnico-profissional. Tal assertiva é improcedente. Por força de interpretação sistêmica, se é necessário exigir quantitativo mínimo para os atestados de capacidade técnico-operacional, também é necessário para os de natureza profissional. Ora, num e noutro, a Administração deve verificar se a experiência do licitante é compatível com a requerida para a execução do contrato em relação a características, quantidades e prazos, como preceitua o inciso II do *caput* do art. 30 da Lei n. 8.666/93.

E mais, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, é legal, em situações específicas, para a comprovação da capacidade técnico-profissional de licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar, cabendo à Administração demonstrar que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser contratada. Não obstante, inexistindo no instrumento convocatório exigência de quantitativos mínimos atrelados à capacidade técnico-profissional, não há que se falar em irregularidade, tendo em vista o disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993.

Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o requisito da comprovação da capacidade técnica dos licitantes apresenta certo nível de discricionariedade da Administração Pública, que poderá exigi-lo em seu viés operacional, a depender do caso concreto. Assim, a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional é, em regra, possível, no entanto, não se vislumbra que seja obrigatória.

Por essas razões, considero improcedente este apontamento de irregularidade ora denunciado.

5. Dos requisitos de qualificação técnica - exigência de quantitativos mínimos para a comprovação da capacidade sem, no entanto, apresentar justificativa adequada para essa exigência (Processo apenso n. 1047939)

A denunciante alegou que o edital previu, em sua cláusula 2.1.2, que “a produção global de lixo urbano domiciliar/comercial para aterramento, pelos consorciados, é estimada em 76 ton.dia” e que “por outro lado, no item 4.3.1, “a” o mesmo edital dispõe quanto à qualificação técnica que o licitante deverá comprovar possuir em seu quadro permanente responsável técnico pela execução dos seguintes serviços e quantitativos com volume mínimo de 50 toneladas por dia”. Aduziu, portanto, que o edital fez a exigência de experiência em quantitativo equivalente a 65,78% do objeto licitado, o que seria superior ao máximo de 50% permitido para obras públicas (autos 1047939).

O apontamento foi examinado pela 2ª Coordenaria de Obras e Serviços de Engenharia – 2ª CFOSE, em razão do objeto do certame envolver questões técnicas de engenharia. Em análise de peça 7, concluiu que não pareceu razoável que a exigência fosse justificada com base em um possível crescimento futuro do aterro, se este crescimento não tinha sido considerado na estimativa do edital.

Ressaltou que se haveria a possibilidade do objeto se tornar maior e mais complexo no período que o contrato estaria vigente, “o instrumento apresentou grave vício de estimativa de contratação, algo que pode exigir aditamentos que superem o limite de 25% autorizado pela Lei 8.666/1993 em seu art. 65, § 1º”. Dessa forma, elucidou que “ou o edital pecou em sua estimativa ou pecou em sua exigência técnica, de qualquer forma resta comprovada a ilegalidade do documento”.

Os responsáveis nas peças de defesa 25, 27, 29 e 31 esclareceram que a produção de lixo urbano para aterramento foi estimada em 76 toneladas/dia e que o Consórcio inicialmente era composto por 4 municípios. Com o tempo, houve o ingresso de mais 4 municípios, tendo o último ingressado em 2018.

Argumentam que, além dos municípios pertencentes ao Consórcio, empresas privadas também descartavam material no aterro sanitário, salientando que 4 delas mantinham contrato ativo com o Consórcio, mas por estarem suspensas, temporariamente, suas atividades de descarte de resíduos no aterro, não foram contempladas na estimativa de toneladas/dia prevista no edital.

Por fim, alegaram que em período chuvoso o volume de toneladas/dia operacionalizado no aterro cresce exponencialmente. Assim, concluem que a necessidade de apresentação de atestado com quantitativo mínimo de 50 toneladas/dia encontrou-se justificado na essência do serviço que, em função de sua alta complexidade e natureza continuada, aliada à flutuação do volume diário recebido, encontra variação de quantidade suportada em fatores antrópicos, climáticos, de calendário, entre outros, atinentes à produção de resíduos sólidos.

Em sede de reexame, a 2ª CFOSE entendeu que a defesa não apresentou elementos que demonstrassem o caráter excepcional da contratação que justificassem a necessidade de comprovação de capacidade técnica em quantitativo superior a 50% do objeto do certame e manteve o apontamento inicial pela procedência da denúncia no tocante à matéria (peça 37).

O MPC na peça 40, ratificou o entendimento da 2ª CFOSE, no sentido de que a defesa não apresentou elementos que demonstrassem o caráter excepcional da contratação que justificassem a necessidade de comprovação de capacidade técnica em quantitativo superior a 50% do objeto do certame, ao que concluiu pela irregularidade da exigência prevista na alínea “a” do Item 4.3.1 da Concorrência Pública n. 01/2018, opinando pela aplicação de multa aos ora responsáveis, todos subscritores do edital sob exame.

Acorde com a unidade técnica e MPC, entendo irregular a fixação, nos atestados de capacidade técnica, de quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens ou serviços que a Administração Pública pretende contratar, excetuados os casos em que a especificidade do

objeto recomendar a adoção de percentual maior, o que deverá estar justificado no processo licitatório, o que não ocorreu no caso dos autos.

Contudo, como dito em itens anteriores desta proposta de voto, considerando que não houve comprometimento da competitividade nem do interesse público, posto que várias empresas participaram e nenhuma foi inabilitada por não comprovar a capacidade técnica em quantitativo mínimo superior ao previsto na Lei de Licitações, deixo de sancionar os responsáveis.

Logo, recomenda-se que o atual gestor do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS, ao fixar os requisitos de habilitação, abstenha-se de exigir número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o exija, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação.

6. Das supostas ilegalidades contidas no projeto executivo e no memorial descritivo

6.1. Da forma de tratamento ou manejo do chorume gerado no aterro sanitário

Nos autos principais n. 1047863, a denunciante alega que o Termo de Referência do Edital de Concorrência Pública n. 001/2018 (Anexo XI) contemplou apenas uma única forma de tratamento ou manejo do chorume gerado no aterro sanitário e não apresentou alternativas que poderiam ser mais eficientes operacional e ambientalmente.

Nas exatas palavras da denunciante:

Ora, é discutida por vários autores a eficiência do sistema de tratamento por lagoas de estabilização, dentro desta ótica o Termo de Referência não contempla alternativas de outros tratamentos ou manejos do chorume, tais como, opção por recirculação de chorume, tratamento combinado do efluente, ou seja, não contempla a possibilidade de envio do chorume para estação de tratamento específica. Observa-se que foi omitido na planilha orçamentária opção por recirculação de chorume, tratamento combinado do efluente, e, sendo assim, não atentou a esse cuidado técnico operacional, principalmente no que se refere a questões de custos aliados a preservação e cuidado ambiental de córregos nascentes e rios.

Na análise empreendida pela 2ª CFOSE (peça 7), ressaltou que o Edital 001/2018 tratou da operação de um aterro sanitário já existente. Embora o questionamento da licitante demonstre a preocupação com elementos indispensáveis na gestão da coisa pública como a eficiência financeira, técnica e ambiental na gestão do aterro sanitário, o edital ora analisado não visou a construção nem a reforma do sistema e sim a mera operação do aterro existente.

Em síntese, a 2ª CFOSE ressaltou que “caso o objeto da contratação fosse a implantação de um novo aterro sanitário seria, de fato, exigido no edital a comprovação meticulosa da escolha de sistema de tratamento, no entanto esse não foi o caso”. Portanto, concluiu que “não se sustenta o apontamento da denunciante, uma vez que a modificação da estrutura do aterro sanitário não foi o objetivo do certame”.

O MPC, no parecer de peça 40, corroborou com estudo empreendido pela 2ª CFOSE por se tratar de matéria eminentemente técnica, concluindo pela improcedência da denúncia no tocante a esse questionamento.

Confirmado que a modificação da estrutura do aterro sanitário não foi o objetivo da Concorrência Pública n. 001/2018, visto que não visou a construção nem a reforma do sistema e sim a mera operação do aterro existente, adiro ao entendimento da unidade técnica e MPC, para julgar improcedente este item denunciado.

6.2. Dos custos relativos à operação do sistema de manejo do chorume

A denunciante alega que a Planilha Orçamentária (Anexo III) não contemplou os custos relativos à operação do sistema de manejo de chorume, embora o próprio edital tenha exigido, para tanto, mão de obra específica (técnico em química), engenheiro especializado, monitoramento semanal da eficiência do tratamento e adição de insumos específicos para estabilização e equilíbrio do sistema. Isso, em sua visão, poderia acarretar prejuízo financeiro à empresa vencedora, tendo em vista que ela estaria sujeita ao cumprimento integral do objeto licitado e, por consequência, a arcar com custos não previstos no orçamento estimado da contratação (autos principais n. 1047863).

A 2ª CFOSE no exame de peça 7, destacou que embora o edital tenha enumerado os profissionais necessários, as planilhas orçamentárias não fizeram associação entre os custos destes profissionais e o processo de tratamento de líquidos. Ademais, verificou que não constou nas planilhas custo associado a técnico em química. Com isso, entendeu que o edital gerou, de fato, dúvida sobre os custos dessa operação. Entretanto, como o Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS esclareceu, em resposta à impugnação apresentada pela denunciante, Green Ambiental Eireli (fls. 148/149/peça 14), o sistema australiano de lagoas facultativas em séries não contemplava a mão de obra informada pela denunciante como necessária à “operação específica do sistema de tratamentos das lagoas de chorume”.

Diante da manifestação do Consórcio, especificamente para este apontamento, a 2ª CFOSE entendeu que foram apresentados argumentos suficientes que permitiram afastar as dúvidas elencadas pela denunciante. Isso posto, concluiu pela improcedência do apontamento objeto da denúncia.

Como no tópico anterior, o Ministério Público de Contas corroborou o estudo empreendido pela 2ª CFOSE, por envolver questão estritamente técnica, manifestando-se, assim, pela improcedência da denúncia no tocante ao apontamento.

Em consonância com a análise da 2ª CFOSE, uma vez comprovado pelo Consórcio que o sistema australiano de lagoas facultativas em séries não contemplava a mão de obra informada pela denunciante como necessária à “operação específica do sistema de tratamentos das lagoas de chorume”, considero também improcedente o presente item.

7. Da especificação da legislação trabalhista a ser adotada pelo licitante

A denunciante alega que a Comissão de Licitação não especificou quais normas trabalhistas deveriam ser observadas pelos licitantes (autos principais 1047863). Segundo ela, o edital foi omissivo em relação à convenção trabalhista a ser seguida pelo contratado na gestão de seus empregados.

A 2ª CFOSE ressaltou que a exigência em um edital de licitação, de que as empresas adotem uma convenção coletiva de trabalho específica fere o espírito de “livre associação profissional ou sindical”, pois, “não se pode obrigar que uma empresa, que contrata com a Administração Pública, faça adesão à convenção coletiva de trabalho indicada em um edital”. Desta forma, concluiu que a omissão no Edital de Concorrência Pública n. 01/2018 referente à qual convenção coletiva de trabalho o contratado deve aderir, não configura irregularidade (peça 7).

Os defendentes não se manifestaram acerca do presente apontamento.

Sobre o tema, o MPC destacou que não há previsão legal que ampare a Administração Pública a indicar, em procedimento licitatório, o acordo ou a convenção coletiva de trabalho a ser observada pelos licitantes e para tanto, citou decisão do Tribunal de Contas da União, segundo a qual “é irregular a vinculação de reajustes salariais a Convenção Coletiva de Trabalho específica, sob pena de se incorrer em restrição indevida de licitação, tendo em vista a possibilidade de existir mais de uma CCT aplicável à categoria, em consonância com os

Acórdão 959/2013-TCUPlenário, 4.589/2015-2ª Câmara e 2.637/2015-Plenário”. (Acórdão 2406/2016 – Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes)

Assim, considerando a ausência de amparo legal e a jurisprudência acima colacionada, o *Parquet* de Contas entendeu que não há irregularidade na omissão, no edital da Concorrência Pública n. 01/2018, sobre qual convenção coletiva de trabalho que o contratado deveria aderir, concluindo assim, pela improcedência deste tópico.

Portanto, não havendo amparo legal para a especificação nos editais de licitação de quais normas trabalhistas devem ser observadas pelos licitantes em relação à convenção trabalhista a ser seguida pelo contratado na gestão de seus empregados, tenho por improcedente este apontamento de irregularidade, assente com o entendimento da unidade técnica e do MPC.

8. Da exigência de visita técnica

De acordo com a 2ª CFOSE, o item 4.3.7.1 do edital de Concorrência Pública n. 01/2018 ofertou, de forma optativa, visita técnica ao aterro sanitário em data única, dia 1º de agosto de 2018, entre 14 e 16 horas. A unidade técnica entendeu que a data única acarretou prejuízo à competitividade do certame licitatório.

Os defendentes não se manifestaram sobre o apontamento.

Em reexame de peça n. 37, a 2ª CFOSE ressaltou que o estabelecimento de data única (1º/8/2018) e de horário restrito (das 14:00 às 16:00) contrariou o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/93.

O MPC, também evidenciou que de acordo com entendimento firmado pelo TCU, no sentido de que somente pode ser exigida a visita técnica nas situações em que a complexidade ou natureza do objeto a justifiquem (Acórdão n. 906/2012), obtemperou que como a visita técnica não era obrigatória no caso sob exame, discordou da 2ª CFOSE, e conclui pela regularidade do Item 4.3.7.1 do Edital de Concorrência Pública n. 01/2018.

Como a visita técnica não era obrigatória no edital de Concorrência Pública n. 01/2018, e diante da ausência de comprometimento da competitividade e do interesse público, considero improcedente este apontamento de irregularidade.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, em preliminar, não acolho a arguição de ilegitimidade passiva suscitada pelo sr. Cristiano Prates Leite dos Reis, assessor jurídico do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, pois, possível conclusão de não ter sido demonstrado que agiu com dolo às supostas irregularidades apontadas ou que, de forma culposa, incidiu em erro grosseiro inescusável, diz respeito ao próprio mérito da denúncia, além de sua condição de subscritor do edital da concorrência pública sob exame

No mérito, **entendo** pela procedência parcial da denúncia, tendo em vista a irregularidade referente à vedação da participação de licitantes em recuperação judicial, prevista no Item 4.2.2 da Concorrência Pública n. 01/2018, promovida pelo Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos, em afronta ao art. 58 da Lei n. 11.101/2005; bem como à exigência de Certidão Negativa de Dívida Ativa da União, e, ainda, à exigência de comprovação de capacidade técnica em quantitativo superior a 50% do objeto do certame.

Contudo, deixo de aplicar multa aos responsáveis, considerando que a irregularidade contida no item 4.2.2 do edital não comprometeu a competitividade nem o interesse público, uma vez que das várias empresas que participaram do certame, nenhuma foi inabilitada por estar em recuperação judicial ou por não ter apresentado certidão de quitação de tributos fiscais e, ainda,

por não comprovar a capacidade técnica em quantitativo mínimo superior ao previsto na Lei de Licitações.

Por essa razão, **recomendo** à atual gestão do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos e ao responsável pelo setor de licitação que, nos futuros editais, façam constar, na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, além da exigência do plano de recuperação judicial homologado, a necessidade de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente certificando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório, na forma do art. 58 da Lei n. 11.101, de 2005, bem como dos demais requisitos exigidos no edital, se for o caso, para comprovação da capacidade econômico-financeira do proponente.

Recomendo, também, que ao fixar os requisitos de habilitação, faça uso dos termos regularidade fiscal e regularidade trabalhista, em detrimento de certidão negativa de quitação, de modo a abarcar a possibilidade de apresentação de possíveis certidões positivas com efeito de negativa.

Por fim, **recomenda-se** que o atual gestor do Consórcio Público de Gestão de Resíduos Sólidos – CPGRS, ao fixar os requisitos de habilitação, abstenha-se de exigir número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o exija, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação.

Após o trânsito em julgado e a adoção das medidas cabíveis, arquivem-se os autos.

* * * * *