

Processo: 1135258
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Acácio Junqueira Esaú dos Santos
Denunciada: Prefeitura Municipal de Baependi
Partes: Douglas Staduto Souza, Diego José de Souza Moreira, Pedro Henrique de Oliveira Ribeiro
Procuradores: André Pereira da Silva, OAB/MG 136.562; Beatriz Proietti Viotti, OAB/MG 102.479; José Geraldo Ramos Moreira, OAB/MG 151.200; Pedro Henrique de Oliveira Ribeiro, OAB/MG 182.899
MPTC: Procuradora Elke Andrade Soares de Moura
RELATOR: CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS

PRIMEIRA CÂMARA – 12/12/2023

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. IRREGULARIDADES. SUBCONTRATAÇÃO IRREGULAR. IMPROCEDÊNCIA. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO DIANTE DE IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO E OUTROS REQUISITOS MÍNIMOS FUNDAMENTAIS PARA CELEBRAÇÃO DE ADITIVO AO CONTRATO. PROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. PROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA REGISTRADO EM CONSELHO PROFISSIONAL. PROCEDÊNCIA. REQUISITO EDITALÍCIO DE ATESTADO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM QUANTITATIVO MÍNIMO SUPERIOR A 50% DO OBJETO. PROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA DE REGISTRO EM CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. RESOLUÇÃO CONFEA N. 1.025/2009. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÕES. APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO.

1. Não há que se falar em subcontratação irregular dos serviços diante da ausência de elementos aptos para comprovar a existência da irregularidade.
2. A falta de providências na fiscalização de serviço público essencial (transporte público escolar de crianças e adolescentes) e na celebração de termos aditivos ao contrato, que não continham uma série de requisitos constitucionais e legais expressos (arts. 205 e 208, VII, da CR/1998; arts. 136, 138 e 139 do CTB; art. 38, PU, e art. 57 e §§, ambos da Lei n. 8.666/1993), que, no caso concreto, pôs em risco a adequada prestação de serviço essencial e sensível, considera-se irregular, e é passível de aplicação de multa, nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal.
3. É irregular a exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% dos bens e serviços que se pretende contratar, exceto se a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no procedimento licitatório.
4. A exigência de apresentação de certidão negativa de falência e recuperação judicial – em substituição da certidão de falência e concordata conforme Lei n. 11.101/2005 – não deve

implicar na imediata inabilitação do licitante, devendo o pregoeiro ou a comissão de licitação atestar a capacidade econômico-financeira do licitante por meio de diligências.

5. É pertinente a exigência editalícia, para fins de habilitação, de atestado de aptidão técnico-operacional em nome da própria licitante, uma vez que tal requisito visa apreciar a capacidade da empresa para cumprir as atividades descritas no objeto da licitação, conforme o disposto no art. 30, II, da Lei n. 8.666/1993. No entanto, em atenção à jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU e nos termos da Resolução Confea n. 1.025/2009, é indevida a exigência de registro em conselho de fiscalização profissional, tendo em vista que não possui amparo legal.

ACÓRDÃO

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

- I) julgar improcedente o apontamento de irregularidade da Denúncia formulado em face do Processo Licitatório n. 296/2021, Pregão Presencial n. 153/2021, deflagrado pelo Município de Baependi, tendo em vista a ausência de elementos comprobatórios da existência de subcontratação na prestação do serviço contratado;
- II) julgar, ainda no mérito, procedente o apontamento de irregularidade complementar apresentado pela Unidade Técnica, aplicando-se multa individual no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao Sr. Douglas Staduto Souza, então Prefeito, nos termos da fundamentação desta decisão e em face do disposto no art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lindb e no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal, em razão da falta de providências na fiscalização de serviço público essencial e da ausência, na assinatura dos termos aditivos celebrados, dos requisitos essenciais previstos em Lei (arts. 205 e 208 da CR/1998; arts. 136, 138 e 139 do CTB; art. 38, PU, e art. 57 e §§, ambos da Lei n. 8.666/1993), que, no caso concreto, pôs em risco a adequada prestação de serviço sensível, qual seja, o transporte público escolar de crianças e adolescentes, ante a ausência de uma série de documentos e laudos que em nenhum momento foram apresentados pelos contratados;
- III) julgar procedentes, também no mérito, os apontamentos complementares apresentados pelo Ministério Público de Contas, em razão da ocorrência das seguintes irregularidades constantes do edital do Processo Licitatório n. 296/2021, Pregão Presencial n. 153/2021:
 - i) exigência de Certidão de Falência ou Concordata, em afronta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, do Tribunal de Contas da União e desta Corte, ao interpretar o disposto no art. 30, II, da Lei n. 8.666/1993;
 - ii) exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do serviço que se pretende contratar, em desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e desta Corte ao interpretar o disposto no art. 30, II, c/c o seu § 2º, ambos da Lei n. 8.666/1993;
 - iii) exigência de atestado de capacidade técnica-operacional registrado em conselho de fiscalização profissional, em desconformidade com o art. 55 da Resolução Confea n. 1.025/2009 e com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU;

- IV) deixar de aplicar multa, nestes casos, considerando que é suficiente a atuação pedagógica desta Corte de Contas, e recomendar aos atuais gestores do Município de Baependi que em futuros certames licitatórios:
- a) prevejam, no ato convocatório, a possibilidade de aceitação de certidão positiva de recuperação judicial, com a comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, bem como efetuem diligência para avaliar a real situação da capacidade econômico-financeira do licitante, no caso de apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial, não devendo ser tal circunstância, por si só, causa de inabilitação do licitante;
 - b) apresentem, na fase interna, justificativa técnica quando houver necessidade de comprovação de execução dos serviços em valor superior ao limite de 50% do quantitativo de maior relevância;
 - c) atentem-se para a vigência da Resolução Confea n. 1.137/2023, de 31 de março de 2023, editada para se adequar à Lei n. 14.133/2021 e que agora instituiu a Emissão de Certidão de Acervo Operacional – CAO;
- V) determinar a intimação dos responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas – DOC, assim como dos seus advogados constituídos, apenas pelo DOC.
- VI) determinar a intimação do Ministério Público de Contas, na forma regimental.
- VII) determinar, cumpridas as exigências cabíveis à espécie e transitada em julgado a decisão, o arquivamento dos autos, nos termos regimentais.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 12 de dezembro de 2023.

DURVAL ÂNGELO
Presidente

AGOSTINHO PATRUS
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 12/12/2023

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pelo Sr. Acácio Junqueira Esaú dos Santos em face de possíveis irregularidades ocorridas na execução contratual decorrente do Processo Licitatório n. 296/2021, Pregão Presencial n. 153/2021, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Baependi, cujo objeto consistiu na contratação de pessoa jurídica para realização e gestão do transporte de alunos da rede pública de ensino.

Alegou o denunciante, em síntese, que o objeto do certame foi adjudicado à Cooperativa de Transportes e Serviços Urbanos Rurais, que subcontratou todas as rotas constantes da Ata de Registro de Preços n. 8/2022, sem, no entanto, haver previsão editalícia para tal.

A documentação foi recebida em 17/11/2022, na peça n. 8, autuada como denúncia em 18/11/2022 e distribuída à relatoria do Conselheiro em Exercício Adonias Monteiro na mesma data, conforme termo na peça n. 9.

Instada a se manifestar, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM, em relatório técnico de peça n. 11, propôs a realização de diligência para complementação da instrução processual.

Em acolhimento ao pedido da 1ª CFM, o então relator determinou, por meio do despacho de peça n. 13, a intimação do Sr. Douglas Staduto Souza para apresentar as informações e documentos solicitados no estudo técnico de peça n. 11.

Ato contínuo, o diligenciado apresentou esclarecimentos e documentos às peças n. 16/20, arguindo que o certame foi respaldado pelos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e art. 3º, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/93.

Os autos foram redistribuídos à minha relatoria em 2/2/2023, vide termo disponível à peça n. 22.

Em análise inicial, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, peça n. 24, entendeu pela improcedência do apontamento relativo à subcontratação irregular. Não obstante, apresentou aditamento por considerar irregular a “ausência de providência por parte da Prefeitura/formalização indevida dos autos do Processo”, tendo requerido a citação do Sr. Douglas Staduto Souza, Prefeito do Município de Baependi, para apresentar defesa.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, em manifestação preliminar à peça n. 26, ratificou o relatório técnico de peça n. 24 e apresentou os seguintes apontamentos complementares: (i) restrição da participação de empresas em recuperação judicial sem respaldo legal; (ii) exigência de comprovação de qualificação excessiva; (iii) exigência indevida de atestado de capacidade técnica em nome da empresa licitante.

No despacho de peça n. 27, determinei a citação dos Srs. Douglas Staduto Souza, Prefeito do Município de Baependi; Diego José de Souza Moreira, Pregoeiro e signatário do edital; Pedro Henrique de Oliveira Ribeiro, Assessor Jurídico e signatário do edital, para apresentarem defesa quanto aos apontamentos constantes na exordial (peça n.1), no estudo técnico elaborado pela 1ª CFM (peça n. 24) e parecer do Ministério Público de Contas (peça n. 26).

Os Srs. Douglas Staduto Souza e Diego José de Souza Moreira apresentaram defesa às peças n. 39/40, arguindo que não podem ser responsabilizados pelo contrato, sob argumento que há um gestor exclusivo para a pasta em questão, bem como afirmaram ser impossível “a fiscalização de todos os contratos administrativos, ante os demais esforços cotidianos de uma administração

pública”. Alegaram, ademais, que não houve restrição da participação de empresas em recuperação judicial sem respaldo legal, pois ainda continua vigente o artigo 31, inciso II, da Lei 8.666/93, que exige certidão negativa de falência ou concordata como requisito de qualificação econômico-financeira. Apontaram, ainda, que não há excessividade na exigência de atestado de capacidade técnica que comprove experiência no serviço licitado de no mínimo 2000 km/dia, sob argumento que a própria lei não impõe limites percentuais, mas sim, a jurisprudência, e esta, também, dispõe sobre sua mitigação em alguns casos em que a especificidade do objeto recomende tal exigência. Por fim, arguiram que a exigência de atestado de capacidade técnica em nome do licitante possui amparo legal no art. 30 da Lei Federal n. 8.666/93 e intenciona o zelo pelo devido gerenciamento de rotas.

O Sr. Pedro Henrique de Oliveira Ribeiro, em sede de defesa à peça n. 40, arguiu que inexistente restrição da participação de empresas em recuperação judicial sem respaldo legal, tendo em vista que continua vigente a exigência de certidão negativa de falência ou concordata como requisito de qualificação econômico-financeira, conforme artigo 31, inciso II, da Lei 8.666/93. Alegou, ademais, que não há excessividade na exigência de qualificação técnica, pois o edital em questão foi elaborado com base no último certame e considera a peculiar extensão rural da cidade.

Em seguida, a 1ª CFM, em estudo técnico conclusivo de peça n. 49, entendeu pelo acolhimento das razões de defesa quanto aos apontamentos relativos à restrição da participação de empresas em recuperação judicial sem respaldo legal e exigência indevida de atestado de capacidade técnica em nome da empresa licitante. Lado outro, considerou procedente o apontamento de irregularidade de exigência de comprovação de qualificação excessiva por constatar que o edital exigiu comprovação de execução dos serviços superior ao usualmente adotado, qual seja, 50% do quantitativo de maior relevância, sem que fosse contemplado na fase interna justificativa técnica para tal. Entendeu, ainda, como irregular a inação da Prefeitura Municipal de Baependi diante da ausência de resposta por parte da Cooperativa quanto a documentação essencial para garantia da execução do contrato e segurança do transporte escolar, bem como considerou irregular a ausência de documentos essenciais para devida formalização dos autos do processo.

Ato contínuo, o Ministério Público de Contas, no parecer conclusivo de peça n. 51, entendeu pela procedência das irregularidades apontadas nos autos, sugerindo aplicação de multa e emissão de recomendação.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Subcontratação irregular

Alegou o denunciante que, apesar do objeto ter sido adjudicado à “Cooperativa de Transportes e Serviços Urbanos e Rurais”, houve subcontratação “para todas as rotas que dispunha a ata de registro de preços”, sem haver previsão editalícia e/ou na minuta da ata.

A 1ª CFM, em estudo técnico de peça n. 24, entendeu pela improcedência do apontamento de irregularidade, por não constatar a presença de qualquer empresa prestadora de serviços estranha ao contrato firmado na execução dos serviços e obrigações da contratada.

O Ministério Público de Contas, em parecer de peça n. 26, concluiu pela improcedência da irregularidade em questão, por considerar que a contratada procedeu à disponibilização de pessoal habilitado e os meios indispensáveis para a realização do serviço, em conformidade com as exigências do edital.

Compulsando os autos, verifiquei que, de fato, o edital veda a possibilidade de subcontratação do serviço, vejamos: “9 – Este contrato não poderá ser objeto de cessão, transferência ou subcontratação, sob pena de aplicação de multa de 5% (cinco por cento) do valor global do contrato pelo seu descumprimento, sem prejuízo das demais sanções administrativas legalmente previstas”.

No entanto, conforme bem apontado pela Unidade Técnica e pelo *Parquet* Especial, observei, em análise da documentação colacionada, que as autorizações de fornecimento/serviços e nota fiscais dos serviços foram efetuadas em nome contratada (págs. 217/218, peça n.20 e 2/12, peça n. 19), de modo que não há qualquer documento de empresa estranha ao ajuste firmado que ateste a alegada subcontratação.

Logo, como bem pontuou a 1ª CFM, o denunciante “não apresenta qualquer indício de prova, seja ela documental ou fotográfica, que sirva de alicerce para embasar suas alegações. Apenas argumenta que, ‘ao que se sabe, a empresa que contratou com a municipalidade subcontratou serviços para todas as rotas que dispunha a ata de registro de preços’ (grifamos). Desta forma, enfrenta-se dificuldades na averiguação da eventual irregularidade apontada”.

Assim, diante da ausência elementos comprobatórios aptos para subsidiar a irregularidade apontada na denúncia, em concordância com a Unidade Técnica e Ministério Público de Contas, entendo que se deva julgar improcedente o presente apontamento.

2. Apontamento complementar apresentado pela Unidade Técnica – Ausência de providências por parte da Prefeitura e formalização indevida de termos aditivos ao contrato

A 1ª CFM, em análise inicial de peça n. 24, entendeu que seria irregular a falta de providências da Prefeitura Municipal de Baependi diante da ausência de resposta da contratada em requisição de documentação essencial para garantir a execução contratual e a segurança do transporte escolar, quais sejam, “laudos técnicos, seguros dos alunos e vistorias dos veículos que fazem a locomoção dos alunos”. Destacou que, logo em seguida, foi formalizado o “Terceiro Termo Aditivo ao Contrato”, referente a prorrogação do Contrato Administrativo em exame, que passou a vigorar até 17/2/2023, sem qualquer avaliação sobre a ausência de resposta da contratada. Ressaltou, assim, que “caberia ao prefeito diligenciar para que fossem observadas as cláusulas editalícias referentes às sanções previstas à contratada, e no caso desses documentos terem sido apresentados, estes deveriam constar nos autos do processo para fins de devida formalização, fiscalização e ampla transparência”.

Apontou, ainda, ser irregular a falta de documentos essenciais devidamente formalizados nos autos do processo, tal como pareceres jurídicos favoráveis aos termos aditivos firmados e o próprio relatório do Coordenador do Transporte, Sr. Valdeci Esaú dos Santos, que teria alertado sobre a irregularidade narrada na notificação extrajudicial.

Em defesa de peça n. 39, o Sr. Douglas Staduto Souza, Prefeito de Baependi, alegou que não pode ser responsabilizado por irregularidades presentes no contrato, pois há, no município, gestor exclusivo da pasta para a execução de tal tarefa, não sendo assim possível a ele fiscalizar todos os ajustes firmados pela municipalidade. Afirmou, ainda, que o Coordenador de Transportes Públicos teria constatado, em verificação *in loco*, que os veículos disponibilizados pela contratada estariam aptos para o transporte escolar. Arguiu, ao final, que a alegada falta de documentação poderia ser suprimida em qualquer momento, tendo em vista ser um erro sanável e sem qualquer dolo ou má-fé.

A 1ª CFM, em relatório técnico conclusivo de peça n. 49, entendeu pela manutenção das irregularidades apontadas, sugerindo a procedência do apontamento e a aplicação de multa ao Sr. Douglas Staduto Souza.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, ratificou o entendimento da Unidade Técnica, opinando pela procedência das irregularidades apontadas.

Em análise aos autos, verifiquei que, de fato, a Prefeitura Municipal de Baependi expediu notificação extrajudicial, **assinada pelo Sr. Douglas Staduto Souza**, em 16/8/2022, solicitando à empresa contratada a entrega de determinados documentos, sob pena de multa, rescisão do contrato e suspensão de contratar com o Poder Público (págs. 61/62, peça n. 19):

A NOTIFICADA sagrou-se vencedora na licitação supracitada para prestação de serviços em transportes escolar, nas áreas urbanas e rurais do Município de Baependi/MG.

Ocorre que, conforme relatório do Coordenador do Transporte, Sr. Valdeci Esaú dos Santos, há alguns documentos a serem entregues ainda. Lado outro, **não foram apresentados os laudos técnicos, seguros dos alunos e vistorias dos veículos que fazem a locomoção dos alunos.**

Nesta mesma senda de irregularidades, a Rota nº 03 (Olaria/Sítio/Seival/Cajuru/ Rio do Peixe/Montserrat/Catão) encontra-se com defasagem de veículo, isso porque, conforme já formalizado por e-mail, a rota conta com 17 alunos e o veículo que está fazendo transporte comporta até 9 pessoas. Assim, não atende a finalidade precípua da licitação, ora comentada.

Isto posto, o Município Notificante vem, por meio desta, notificar o representante legal da empresa, para que no prazo de cinco (05) dias, entregue os materiais previstos no Edital, bem como para que, querendo, ofereça a defesa que tiver, sob pena da adoção das medidas cabíveis, em especial a aplicação de multa e rescisão do contrato e suspensão da NOTIFICADA em contratar com o Poder Público, conforme dispõe o Item 15 do Edital que assim dispõe:

[...]

A presente notificação vem alicerçada na legislação vigente, em especial na Lei nº 8.666/93 e contrato firmado entre as partes.

Todavia, tal como destacou a Unidade Técnica, não consta dos autos qualquer resposta da contratada, tampouco providências da municipalidade quanto ao descumprimento de tal requisição, tendo a Administração Municipal, em momento posterior, aditado o contrato administrativo sem qualquer avaliação sobre a ausência de resposta da Cooperativa contratada.

Ademais, vejo, à peça n. 39, a informação de que a Administração Municipal diligenciou para averiguar a regularidade dos serviços prestados pela contratada, de modo que o Coordenador de Transportes Públicos teria constatado, *in loco*, a aptidão dos veículos fornecidos pela contratada para prestação dos serviços de transporte escolar. No entanto, observei que tal informação foi trazida pelo Prefeito de Baependi, Sr. Douglas Staduto Souza, sem qualquer documento que comprove sua alegação.

De outro lado, acerca da alegada necessidade de parecer jurídico e outros requisitos, a Lei n. 8.666/1993 tem a seguinte previsão:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração;

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato;

III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração;

IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei;

V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência;

VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

§ 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

§ 3º É vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

§ 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Logo, para se proceder à prorrogação contratual, é necessária a • existência de previsão para prorrogação no edital e no contrato; • objeto e escopo do contrato inalterados pela prorrogação; • interesse da Administração e do contratado declarados expressamente; • vantajosidade da prorrogação devidamente justificada nos autos do processo administrativo; • manutenção das condições de habilitação pelo contratado; • preço contratado compatível com o mercado fornecedor do objeto contratado¹. Ademais, ainda que não exista previsão legal expressa acerca da necessidade de apresentação de novo parecer jurídico quando da prorrogação de contrato, o posicionamento deste Tribunal é no sentido de que a regra acima se estende para os aditivos, tal como se observa da decisão proferida na Representação n. 932536, de relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, sessão de 29/8/2019:

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações & contratos: orientações e jurisprudência do TCU, p. 765-766. Disponível: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496111/000889738.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 10/11/2023.

REPRESENTAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. LOCAÇÃO DE VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. IRREGULARIDADES. AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO QUANTO À LEGALIDADE DO PRIMEIRO TERMO ADITIVO. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO. AUSÊNCIA DE PLANILHA DE QUANTITATIVOS E CUSTOS UNITÁRIOS COMO ANEXO AO EDITAL. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DO PREÇO MÁXIMO. DESNECESSIDADE. ADJUDICAÇÃO DO LOTE POR VALOR SUPERIOR AO PREÇO ORÇADO. DEFICIÊNCIA E INCONSISTÊNCIA NA MEDIÇÃO DOS SERVIÇOS. COMPROVAÇÃO PARCIAL DOS APONTAMENTOS DE IRREGULARIDADE. RECOMENDAÇÕES AO GESTOR. INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE PREÇOS PARA APURAÇÃO DE POSSÍVEL DANO AO ERÁRIO.

1. Diante da comprovação da regular citação dos responsáveis pelo procedimento licitatório, não procede a alegação de cerceamento de defesa formulado nos autos.

2. As minutas de termos aditivos de contratos celebrados pela Administração devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica, conforme determina o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 1993. [...] (Representação n. 932536, relator conselheiro Gilberto Diniz, sessão de 29/8/2019. Grifo nosso)

De fato, como restou demonstrado, as minutas de termos aditivos de contratos celebrados pela Administração possuem uma série de requisitos que não foram verificados na elaboração de todos os quatro termos aditivos celebrados no presente feito, vide págs. 69/79, peça n. 19, e págs. 197/201, peça n. 20.

Observei, nesse sentido, que os gestores públicos que atuaram neste caso foram, no mínimo, negligentes, pois foi expedida notificação extrajudicial, em 16/8/2022, a fim de que a contratada providenciasse a entrega de documentos cruciais para execução do ajuste firmado e, mesmo sem resposta, parecer jurídico favorável e outros requisitos fixados em lei e pela jurisprudência para a celebração de aditivos (nos termos da jurisprudência do TCU e do art. 57 e §§ da Lei n. 8.666/1993), celebrou-se o 1º (21/2/2023) e o 2º (23/2/2023) termos aditivos ao contrato visando proceder o aumento relevante da quilometragem das rotas licitadas (em um caso, por exemplo, relacionado ao 1º termo aditivo, especificamente o da linha 17, acresceu-se 66 km dia, peça n. 20, pág. 197, tendo, no 2º aditivo, ampliado 437 km dia). Mais adiante, firmou-se o 3º (16/9/2023, que prorroga o contrato por mais um ano) e 4º (23/9/2023, que objetivava o transporte de eleitores) termos aditivos, nas mesmas condições supracitadas, qual seja, sem os requisitos essenciais a sua assinatura.

É importante dizer, ainda, que os documentos requisitados são essenciais para a prestação do serviço de transporte escolar contratado, pois os veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares somente poderão circular nas vias com autorização, cumprindo-se os termos do Código de Trânsito Brasileiro – CTB², e que, em última instância, pode comprometer o direito à educação previsto no art. 205 da CR/1988.

² Art. 136. Os veículos especialmente destinados à condução coletiva de escolares somente poderão circular nas vias com autorização emitida pelo órgão ou entidade executivos de trânsito dos Estados e do Distrito Federal, exigindo-se, para tanto:

I - registro como veículo de passageiros;

II - inspeção semestral para verificação dos equipamentos obrigatórios e de segurança;

III - pintura de faixa horizontal na cor amarela, com quarenta centímetros de largura, à meia altura, em toda a extensão das partes laterais e traseira da carroçaria, com o dístico ESCOLAR, em preto, sendo que, em caso de veículo de carroçaria pintada na cor amarela, as cores aqui indicadas devem ser invertidas;

IV - equipamento registrador instantâneo inalterável de velocidade e tempo;

V - lanternas de luz branca, fosca ou amarela dispostas nas extremidades da parte superior dianteira e lanternas de luz vermelha dispostas na extremidade superior da parte traseira;

VI - cintos de segurança em número igual à lotação;

Sendo assim, não poderiam os gestores responsáveis terem se descurado de tal documentação, como foi feito notadamente nestes quatro termos aditivos, tendo em vista que não foi demonstrado que a contratada teria apresentado os necessários laudos técnicos, seguros dos alunos e vistorias dos veículos, fundamentais para se assegurar a condição operacional da frota de veículos e a segurança dos alunos transportados. Vale destacar, aqui, que o argumento do defendente de que teria sido realizada inspeção *in loco* para atestar a regularidade da prestação do serviço de transporte escolar não pode ser aproveitado, já que não juntou qualquer documento que pudesse comprovar minimamente o aduzido.

Frise-se, noutro giro, que todos os quatro ativos foram assinados pelo Chefe do Executivo Municipal, que igualmente firmou a notificação extrajudicial enviada e, portanto, detinha conhecimento sobre a situação aqui narrada – o que, em meu entendimento, afasta a alegação do ex-Prefeito de que existiria gestor exclusivo da pasta para a execução desta tarefa na municipalidade e que não teria o gestor ciência de tais fatos.

Logo, verificam-se que os vícios apurados decorreram da inobservância de uma série mandamentos constitucionais e legais expressos, e, ainda, em razão do conjunto fático aqui apresentado, evidencia ação deliberada do agente nesse sentido ou, no mínimo, a falta de cautela elementar, inerente à culpa grave, do Sr. Douglas Staduto Souza.

Portanto, considerando a supramencionada falta de providências na fiscalização de serviço público essencial (transporte público escolar de crianças e adolescentes) e na celebração de termos aditivos ao contrato que não continham uma série de requisitos constitucionais e legais expressos (art. 205 e 208, VII, da CR/1998; art. 136, 138 e 139 do CTB; art. 38, PU, e art. 57 e §§, ambos da Lei n. 8.666/1993), que, repita-se, no caso concreto, pôs em risco a adequada prestação de serviço essencial e sensível, entendo pela procedência da irregularidade.

Aplico multa individual ao responsável, Sr. Douglas Staduto Souza, Prefeito de Baependi e signatário dos termos aditivos, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), nos termos do art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal, tendo em vista que incorreu no disposto no art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lindb.

Recomendo aos atuais gestores da Prefeitura Municipal de Baependi que as minutas de termos aditivos de contratos celebrados pela Administração sejam previamente examinadas e aprovadas pela respectiva assessoria jurídica, conforme determina o parágrafo único do art. 38 da Lei n. 8.666/1993.

3. Apontamentos complementares apresentados pelo Ministério Público de Contas

3.1. Restrição à participação de empresas em recuperação judicial sem respaldo legal

O Órgão Ministerial, em parecer de peça n. 26, alegou que o item 1.1.2.8 do edital restringiria, de forma indevida, a participação de empresas em recuperação judicial no certame, sob

VII - outros requisitos e equipamentos obrigatórios estabelecidos pelo CONTRAN.

[...]

Art. 138. O condutor de veículo destinado à condução de escolares deve satisfazer os seguintes requisitos:

I - ter idade superior a vinte e um anos;

II - ser habilitado na categoria D;

III - (VETADO)

IV - não ter cometido mais de uma infração gravíssima nos 12 (doze) últimos meses; (Redação dada pela Lei nº 14.071, de 2020) (Vigência)

V - ser aprovado em curso especializado, nos termos da regulamentação do CONTRAN.

Art. 139. O disposto neste Capítulo não exclui a competência municipal de aplicar as exigências previstas em seus regulamentos, para o transporte de escolares.

fundamento que tal cláusula exigiu, para fins de habilitação, a apresentação de Certidão Negativa de Falência ou Concordata, em desconformidade com a Lei n. 11.101/2005 e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Os Srs. Diego José de Souza Moreira, Douglas Staduto Souza e Pedro Henrique de Oliveira Ribeiro, em sede de defesa, arguíram que o item em questão somente reproduziu a redação esculpida no art. 31, II, da Lei n. 8.666/1993, pugnano pela improcedência do apontamento.

A 1ª CFM, por sua vez, entendeu que a redação do item questionado não pode ser considerada irregular, pois trata de reprodução fiel da legislação vigente quando da publicação do edital.

O Ministério Público de Contas, em parecer conclusivo, ratificou seu entendimento exarado peça n. 26, opinando pela procedência do presente apontamento de irregularidade.

Compulsando os autos, verifiquei que o item 1.1.2.8 do instrumento convocatório, de fato, exigiu a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata para fins de habilitação no certame (pag. 61, peça n. 3):

1. DAS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO E ACESSO AO EDITAL

1.1 DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

[...]

1.1.2.8 Certidão Negativa de falência ou concordata

Sobre o tema, o art. 27, III, da Lei n. 8.666/1993, estabelece que o licitante, para sua habilitação, deve apresentar documentação relativa à sua qualificação econômico-financeira. Ressalta-se que o art. 31, II, do citado diploma legal, prevê que a documentação referente à qualificação econômico-financeira limitar-se-á, dentre outras, a “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”.

Diante das disposições da Lei n. 11.101/2005, Marçal Justen Filho leciona:

A questão da falência, recuperação judicial e execução (inc. II) A Lei erigiu alguns fatos externos como indícios de ausência de qualificação econômico financeira. Envolvem a existência de processos judiciais versando sobre exigência de dívidas não satisfeitas. Anote-se que a normatização da insolvência das pessoas físicas e jurídicas exercentes de atividade empresarial passou a ser disciplinada pela Lei 11.101/2005, que revogou o antigo Dec.-lei 7.661/1945. **Portanto, as disposições da Lei 8.666/1993 devem ser adaptadas ao regime da atual Lei de Falências. Assim, por exemplo, as referências a “concordata” devem ser interpretadas como referidas à recuperação judicial.**³ (Destaquei)

Em consonância com o exame técnico, vejo que a referida temática foi apreciada pelo STJ, Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 23.499/RS, sessão do dia 18/12/2014, que entendeu que a empresa em recuperação judicial estaria, legalmente, em condições de participar de licitações, viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase, pois o escopo primordial da Lei n. 11.101/2005 é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor.

Em outro julgado⁴, aliás, o STJ decidiu que não seria possível exigir certidão negativa de recuperação judicial entre os documentos de qualificação econômico-financeira dos licitantes,

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*: Lei 8.666/1993. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 637.

⁴ STJ – Primeira Turma. AREsp. 309867 ES 2013/0064947-3. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 26/07/18. DJe. 08/08/18.

pois não seria possível interpretar, extensivamente, o art. 31, II, da Lei n. 8.666/1993, que continua a mencionar apenas a concordata. Além disso, considerou que permitir a participação de empresa em recuperação judicial se coaduna com a finalidade da Lei n. 11.101/05 no sentido de promover a função social da empresa e da atividade econômica.

Na mesma linha, o Tribunal de Contas da União – TCU é favorável à participação de empresas em recuperação judicial nas licitações, homenageando a ampla competição, observada a necessidade de se demonstrar a sua viabilidade econômica⁵.

Esta Corte é condizente com a linha de raciocínio delineada nos julgados do STJ e do TCU, pautada na busca da Administração por celebrar a melhor contratação, com segurança e higidez na entrega do objeto, e no interesse dos licitantes de preservar a ampla competitividade e a isonomia nas licitações:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PEÇAS ORIGINAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PREGOEIRO. REJEITADA. IRREGULARIDADES. RESTRIÇÃO DOS MEIOS PARA INTERPOSIÇÃO DE IMPUGNAÇÕES E RECURSOS. PRAZO EXÍGUO PARA ENTREGA DOS PRODUTOS. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO PARA MICROEMPRESA (ME) E EMPRESA DE PEQUENO PORTE (EPP) PREVISTO EM LEI. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÕES.

[...]

O licitante em recuperação judicial não pode ser impedido de participar do certame ou mesmo ser inabilitado de pronto. Deve haver avaliação dos demais requisitos de habilitação econômico-financeira que, no caso de proponente nessa situação, abrangerá também a verificação de que o seu plano de recuperação se encontra vigente e atende às exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações do futuro contrato. (Denúncia n. 1077164, Sessão de 25/6/2020, Segunda Câmara, Rel. Cons. Gilberto Diniz). (Destaquei)

DENÚNCIA. PEDIDO LIMINAR. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. IRREGULARIDADES. EXIGÊNCIA MÍNIMA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. RECONHECIMENTO DE FIRMA. CÓPIA AUTENTICADA DO CONTRATO. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA EMPRESA LICITANTE. REGULARIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

[...]

4. É restritiva a cláusula editalícia que veda a participação de empresas em processo de falência, concordata ou recuperação judicial ou extrajudicial, sem oportunizar a apresentação de um Plano de Recuperação, aprovado no juízo competente, ou avaliar outros requisitos de habilitação econômico-financeira, que porventura garanta aos licitantes, nessa condição, o cumprimento das obrigações. (Denúncia n. 1141476. Sessão de 28/3/2023. 2ª Câmara. Relator: Conselheiro Wanderley Ávila).

⁵ “É possível a participação em licitações de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”. (TCU, Acórdão 1.201/20, sessão de 13/5/20, Plenário, Rel. Min. Vital do Rêgo)

Pelo exposto, em consonância com o Ministério Público de Contas, embora considere a vedação, de plano, à participação de licitante que se enquadre nessa situação prevista no item 1.1.2.8 esteja em dissonância com o entendimento desta Corte, do TCU e do STJ, creio não haver erro grosseiro (art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb) dos responsáveis *in casu*, tendo em vista que o art. 31, II, da Lei n. 8.666/1993⁶, pode, de fato, levar o gestor público a uma interpretação equivocada sobre a exigência de certidão negativa de falência ou concordata, tal como se realizou no ato convocatório em exame – mesmo porque, conforme se verifica do item do edital colacionado, ele apenas repete o disposto no referido dispositivo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 31, II) –, razão pela qual, nos termos do art. 22, § 2º, da Lindb, deixo de aplicar multa aos responsáveis.

Não obstante, recomendo aos atuais gestores do Município de Baependi que, em futuros certames, prevejam, no ato convocatório, a possibilidade de aceitação de certidão positiva de recuperação judicial, com a comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, bem como efetuem diligência para avaliar a real situação da capacidade econômico-financeira do licitante, no caso de apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial, não devendo ser tal circunstância, por si só, causa de inabilitação do licitante.

3.2. Exigência de comprovação de qualificação excessiva

O *Parquet* especial apontou, em parecer de peça n. 26, que o instrumento convocatório incorreu em irregularidade ao exigir, para fins de qualificação técnica, comprovação da execução de serviços superior a 50% do quantitativo de maior relevância, sem qualquer justificativa na fase interna para tal exigência. Isso porque o atestado de capacidade técnica com quilometragem de 2.000 km/dia exigido no edital superaria 50% da soma de percursos das rotas previstas no certame, qual seja, “a quilometragem de 2000 prevista no item 1.1.2.9 equivale a 65% da soma de percursos das rotas de 1 a 33 e, caso se desconsidere o adicional para eventuais adequações, essa exigência pode alcançar o percentual de 78,5%”.

Os Srs. Diego José de Souza Moreira, Douglas Staduto Souza, em sede de defesa às peças n. 30/40, argumentaram que o presente edital foi elaborado com base no último certame realizado, bem como afirmaram que “o excesso de zelo se deve por conta do transporte de crianças e, também, pelas peculiaridades das estradas do Município”.

O Sr. Pedro Henrique de Oliveira Ribeiro, por sua vez, apresentou as mesmas considerações dos demais defendentes, acrescentando que a jurisprudência autoriza a mitigação de tais limites percentuais em casos que o objeto do certame recomende tal exigência.

A 1ª CFM considerou irregular a exigência prevista no item 1.1.2.9, pois exigiu, em descompasso com a jurisprudência desta Corte e do TCU, comprovação de execução dos serviços superior ao usualmente adotado, qual seja, 50% do quantitativo de maior relevância, sem justificativa técnica para tanto.

O Órgão Ministerial ratificou o entendimento da Unidade Técnica, opinando pela procedência do presente apontamento de irregularidade.

A respeito do tema, o entendimento firmado por esta Casa, bem como pelo TCU, é no sentido de considerar excessiva a exigência de comprovação da execução de objeto semelhante ao

⁶ 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 execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

licitado, sem as devidas justificativas, desde que supere em 50% o quantitativo estimado para a futura contratação.

Nesse sentido, foi deliberado nos autos da Denúncia n. 969183, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, Sessão da 2ª Câmara de 23/6/2016:

DENÚNCIA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS E CADASTRO DE RESERVA. FIXAÇÃO DO QUANTITATIVO DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO NA REALIZAÇÃO DE CONCURSO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO. 1. É indevida a fixação do quantitativo de atestados de capacidade técnica e de quantitativo superior a 50% do objeto. [...]

Colaciono também decisão do TCU de que a “exigência de comprovante de qualificação técnica (art. 30 da Lei 8.666/1993) contendo quantitativos superiores a 50% do previsto para a execução, sem motivação específica, constitui restrição indevida à competitividade” (Acórdão n. 2.595/2021 – Plenário. Data da Sessão 27/10/2021. Relator Ministro Bruno Dantas). Nesse mesmo sentido, destaca-se a deliberação do Plenário da referida Corte de Contas Federal, de 4/12/2019, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler⁷.

No caso em exame, a cláusula questionada dispõe que a habilitação dos proponentes está condicionada à apresentação de atestado de capacidade técnica, nos seguintes termos (pág. n. 61, peça n. 2): “1.1.2.9 Atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado comprovando a execução dos serviços licitados que ateste no mínimo 2.000 KM/DIA (dois mil quilômetros por dia), sendo pelo menos 600 KM/DIA (seiscentos quilômetros por dia) em vias não pavimentadas;”.

No entanto, como bem pontuado pelo *Parquet* Especial, em análise do termo de referência do instrumento convocatório (pág. 57/58, peça n. 3), constatei que, de fato, a quilometragem a ser percorrida nos percursos previstos no edital, acrescida de adicional para eventuais adequações, equivale a um trajeto de 3.030 Km/dia.

Dessa maneira, nota-se que a cláusula supracitada exigiu, para fins de habilitação técnica, comprovação de execução dos serviços superior ao limite de 50% do objeto do certame, em desconformidade com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e desta Corte ao interpretar o disposto no art. 30, II, c/c o seu §2º, ambos da Lei n. 8.666/1993, uma vez que a quilometragem exigida no item editalício em questão corresponde a mais de 60% do somatório das rotas licitadas e, inclusive, caso seja desconsiderado o adicional para adequações, atinge percentual ainda mais elevado. Ressalta-se, ainda, que não consta qualquer justificativa na fase interna do certame, tampouco no instrumento convocatório, para amparar a exigência em exame, de modo que se mostra excessiva a condição imposta, motivo pelo qual considero procedente o presente apontamento.

No entanto, considerando que houve relativa competitividade no certame, bem como não restou comprovado nos autos que a irregularidade em tela tenha ocasionado efetivo prejuízo ao certame e ao interesse público; que a Administração demonstrou zelo, neste ponto, a fim de garantir a execução do objeto, qual seja, o transporte escolar de crianças, até pelas peculiaridades das estradas no Município, que possui extensa área rural, existindo mais de 400km de estradas de terra, “com grau elevado de dirigibilidade, posto que a cidade possui

⁷ É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório.

diversos trechos com rios, ladeiras, cachoeiras, necessitando de pessoas capacitadas para o desenvolvimento da atividade”, muitas das vezes que exigem grau elevado de cautela; e de que própria lei não impõe limites percentuais, mas sim a jurisprudência, que possibilita, inclusive, a depender da especificidade do objeto o recomende⁸, que sejam ultrapassados os 50% já mencionados; creio que não se deve sancionar os gestores públicos *in casu*, especialmente se leve em conta as consequências práticas da decisão (art. 20 da Lindb), motivo pelo qual entendo que seja suficiente a atuação pedagógica desta Corte.

Logo, recomendo aos atuais gestores do Município de Baependi que, em futuros processos licitatórios, apresentem, na fase interna, justificativa técnica quando houver necessidade de comprovação de execução dos serviços em valor superior ao limite de 50% do quantitativo de maior relevância.

3.3. Exigência indevida de atestado de capacidade técnica em nome da empresa licitante

O Ministério Público de Contas, em parecer de peça n. 26, apontou a existência de irregularidade relativa à exigência de atestado de capacidade técnica em nome da empresa licitante (item 1.1.2.10 do Edital⁹), sob argumento que tal requisito editalício não possui justificativa e amparo legal.

Defendendo-se do apontamento, os Srs. Diego José de Souza Moreira e Douglas Staduto Souza afirmaram que “fora visto pelo Município de Baependi/MG a necessidade do gerenciamento das rotas, principalmente no período chuvoso, já que muitas das estradas ficam intransitáveis, bem como pelo gerenciamento do sistema de rastreamento dos veículos, via GPS, prezando pelo cuidado e bem-estar das crianças transportadas”. Alegaram, ainda, que a exigência em questão encontraria respaldo no art. 30 da Lei n. 8.666/1993, bem como arguíram que não houve questionamento à época por outras empresas, então não pode se falar em restrição da competitividade.

O Sr. Pedro Henrique de Oliveira Ribeiro, em sede de defesa à peça n. 49, apresentou as mesmas considerações dos demais defendentes.

A 1ª CFM entendeu pela improcedência do apontamento por considerar que tal requisito de habilitação técnica possuiria respaldo legal no art. art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e intenciona, no caso em questão, o cumprimento do objeto licitado.

Inicialmente, é importante destacar que a qualificação técnica pode ser exigida sob dois aspectos, quais sejam: **i)** a capacitação técnico-operacional e **ii)** a capacitação 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.

No que se refere à capacitação técnico-operacional, verifica-se que a intenção do legislador, quando da redação do art. 30, § 1º, da Lei n. 8.666/1993¹⁰, foi de apurar a idoneidade da empresa

⁸ É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório”. (Acórdão n. 2.924/2019 – Plenário. Relator Min. Benjamim Zymler).

⁹ 1.1.2.10 Atestado de capacidade técnica, devidamente reconhecido pela entidade profissional competente CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia), em nome da EMPRESA LICITANTE, comprovando a aptidão da empresa para a realização de Locação de veículos com sistema de monitoramento com rastreador veicular;

¹⁰ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

§1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e privado,

licitante e comprovar se sua atuação anterior, operacional, foi satisfatória. Vale lembrar que a capacidade a ser avaliada é a da empresa, como organização empresarial capaz de realizar o empreendimento, e não a do profissional.

Ressalto, ainda, que a redação do projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo do que hoje é a Lei n. 8.666/1993 distinguia essas duas figuras, mas, no entanto, a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional foi vetada pelo Chefe do Poder Executivo, à época. Apesar do veto, é pacífico na jurisprudência a possibilidade de exigência de comprovação técnica operacional, o que se depreende de julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ¹¹, do Tribunal de Contas da União – TCU¹² e desta Corte de Contas.

Nesses termos, deve ser considerada pertinente a cláusula editalícia que exige, como requisito de habilitação, a apresentação de atestado da capacidade técnico-operacional em nome da própria empresa licitante, pois a comprovação mencionada refere-se à sociedade empresária em si, por decorrência lógica, e não aos seus integrantes ou empregados – vide trecho “[...] comprovando que a **proponente** executou”, tal como já decidiu o TCU¹³.

Há, no entanto, que se realizar uma distinção, pois, embora não exista irregularidade quanto à exigência de apresentação de atestado de capacidade técnico-operacional em nome da própria licitante (tal como decidido na Denúncia n. 1135408, citada pela Unidade Técnica, de minha relatoria), de fato, não é possível o registro ou averbação junto ao Crea em nome de pessoa jurídica, já que o art. 55 da Resolução Confea n. 1.025/2009¹⁴, aplicável à época, vedava a

devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas às exigências a:

¹¹ MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO "TÉCNICO-OPERACIONAL" DA EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA. A exigência não é ilegal, se necessária e não excessiva, tendo em vista a natureza da obra a ser contratada, prevalecendo, no caso, o princípio da supremacia do interesse público. Art. 30, da Lei das Licitações.

- A capacitação técnica operacional consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal.

- Por conseguinte, também não se reconhece ilegalidade na proposição quando a exigência está devidamente relacionada com o objeto licitado, inexistindo qualquer alegação de excessividade, ou seja, de exigência de experiência anterior superior, mais intensa ou mais completa do que o objeto licitado.

- Exegese do dispositivo infraconstitucional consoante à Constituição, às peculiaridades do certame e suma exigência da supremacia do interesse público, haja vista que o recapeamento de um trecho do asfalto de uma cidade, como a de São Paulo, deve ser executado imune de qualquer vício de sorte a não fazer incidir serviços contínuos de reparação. (REsp n.º 331.215/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux)

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - EXIGÊNCIA DO EDITAL – CAPACITAÇÃO TÉCNICA DO LICITANTE - POSSIBILIDADE - ART. 30, II DA LEI 8666/93. - A exigência, no edital, de comprovação de capacitação técnicooperacional, não fere o caráter de competição do certame licitatório. (REsp n.155.861/SP, 1ª Turma, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS)

¹² SÚMULA TCU n. 263: 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.

¹³ [...] 30. Conforme ressaltado pela Secex/BA, a análise da capacidade técnico-operacional da empresa vai além da comprovação da capacitação do profissional, visto que abrange também as instalações, o aparelhamento, metodologias de trabalho e processos internos de controle de qualidade, dentre outros aspectos, ou seja, o fato de um responsável técnico de uma determinada empresa ter executado serviço semelhante não garante que a empresa a qual se acha atualmente vinculado a executará de forma satisfatória.

31. Ademais, a transferência de acervo técnico de pessoa física à pessoa jurídica pode ensejar o possível ‘comércio’ de acervo, permitindo assim que empresas aventureiras participem de licitação sem que possuam a real capacidade de executar o objeto, apenas pela simples formalização de contrato com responsável técnico detentor da qualificação requerida. (TCU. Acórdão n. 2.208/2016. Plenário. Relator Augusto Sherman. Data da Sessão 24/8/2016). (Grifei)

¹⁴ Art. 55. É vedada a emissão de CAT em nome da pessoa jurídica.

emissão de Certidão de Acervo Técnico – CAT ou anotações/registros de responsabilidade técnica – ART/RRT em nome de pessoa jurídica, o que é corroborado pelo entendimento do TCU¹⁵ e pela doutrina (com fundamento no próprio Manual de Procedimentos Operacionais do Confea)¹⁶, que aqui entendo razoável transcrever trecho sobre o tema:

O atestado é a declaração fornecida pelo contratante da obra ou serviço, pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, que atesta a execução de obra ou a prestação de serviço e identifica seus elementos quantitativos e qualitativos, o local e o período de execução, os responsáveis técnicos envolvidos e as atividades técnicas executadas.

1.1. É facultado ao profissional requerer o registro de atestado fornecido por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado contratante com o objetivo de fazer prova de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos.

[...]

Esclarecer às comissões de licitação, aos profissionais e às empresas que:

– o atestado registrado no Crea constituirá prova da capacidade técnico-profissional para qualquer pessoa jurídica desde que o profissional citado na CAT:

[...]

– o Crea não emitirá CAT em nome da pessoa jurídica contratada para prova de capacidade técnico-operacional por falta de dispositivo legal que o autorize a fazê-lo.

1.4. Fundamentação:

1.4.1. Da caracterização do atestado como documento técnico

O procedimento para o registro do atestado no Crea passou a ser regulamentado em atenção ao art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, que objetiva comprovar a capacidade técnico-profissional das empresas em processos licitatórios.

Apesar do argumento de que a Lei de Licitações define a emissão do atestado como um ato declaratório do contratante, a análise conjunta do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, com os arts. 13 e 14 da Lei nº 5.194, de 1966, obriga que os elementos quantitativos e qualitativos relativos à obra ou serviço realizado sejam declarados por profissional habilitado, uma vez que o leigo não possui conhecimento técnico para fazê-lo.

Em razão do grau cada vez maior de especificidade dos dados constantes dos atestados, visando subsidiar as análises de compatibilidade de características, quantidades e prazos

Parágrafo único. A CAT constituirá prova da capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica somente se o responsável técnico indicado estiver a ela vinculado como integrante de seu quadro técnico.

¹⁵ É irregular a exigência de que a atestação de capacidade técnico-operacional de empresa participante de certame licitatório seja registrada ou averbada junto ao Crea, uma vez que o art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009 veda a emissão de Certidão de Acervo Técnico (CAT) em nome de pessoa jurídica. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes deve ser limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas licitantes. (TCU. Acórdão n. 1.542/2021 – Plenário).

É irregular a exigência de que o atestado de capacidade técnico-operacional de empresa participante de licitação seja registrado ou averbado no Crea (art. 55 da Resolução-Confea 1.025/2009), cabendo tal exigência apenas para fins de qualificação técnico-profissional. Podem, no entanto, ser solicitadas as certidões de acervo técnico (CAT) ou as anotações e registros de responsabilidade técnica (ART/RRT) emitidas pelo conselho de fiscalização em nome dos profissionais vinculados aos atestados, como forma de conferir autenticidade e veracidade às informações constantes nos documentos emitidos em nome das licitantes. (TCU. Acórdão n. 3.094/2020 – Plenário).

¹⁶ Zênite. Atestado de qualificação técnico-operacional não exige registro no CREA. Disponível: <https://zenite.blog.br/atestado-de-qualificacao-tecnico-operacional-nao-exige-registro-no-crea/>. Acesso em: 9/11/2023.

com o objeto da licitação, esta declaração técnica passou a ser de extrema importância para a salvaguarda dos interesses sociais, uma vez que evita a certificação pelo Crea de documentos cujos dados podem não condizer com a realidade e, por conseguinte, dificulta a participação no certame de empresas que não atendem aos critérios de capacitação técnico-profissional.” (Destacamos.)

Dizer que somente os atestados referentes à qualificação técnico-profissional devem ser registrados perante o CREA significa que aqueles relativos à qualificação técnico-operacional não precisam ser registrados nessa entidade.

Nem poderia ser diferente, uma vez que os atestados de qualificação técnico-operacional visam a comprovar, segundo Marçal Justen Filho, que “a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.”[1]

Como a atuação das pessoas jurídicas depende da presença de profissionais habilitados, os quais são indicados como responsáveis técnicos pela execução das obras e serviços de engenharia, tem-se como razoável e pertinente que a exigência do registro dos atestados junto ao CREA se restrinja à qualificação técnico-profissional. Assim, os atestados referentes à qualificação técnico-operacional, como visam apenas a demonstrar que a pessoa jurídica já atuou em objeto semelhante ao pretendido pela Administração, basta a sua apresentação, sendo dispensável o seu registro perante o CREA.

Ao que tudo indica, valendo-se justamente dessa interpretação, o TCU exarou o Acórdão nº 128/2012 – 2ª Câmara, no seguinte sentido:

1.7. Recomendar à UFRJ que exclua dos editais para contratação de empresa para a execução de obra de engenharia a exigência de registro no CREA dos atestados para comprovação da capacitação técnica operacional das licitantes, tendo em conta a recomendação inserta no subitem 1.3 do Capítulo IV combinado com o subitem 1.5.2 do Capítulo III do Manual de Procedimentos Operacionais para aplicação da Resolução CONFEA nº 1.025/2009, aprovado pela Decisão Normativa CONFEA nº 085/2011. (Destacamos.)

Então, quando o objeto pretendido pela Administração conjugar parcelas afetas à engenharia, será indispensável o seu registro e habilitação, bem como do profissional, responsável perante o CREA.

Nesse caso, será possível a exigência de atestados de qualificação técnico-profissional devidamente registrado naquela entidade.

Contudo, para a qualificação técnico-operacional, seguindo o entendimento exposto pelo CONFEA em seu Manual de Procedimentos Operacionais e pelo TCU no citado Acórdão, não será possível exigir o registro do atestado junto ao CREA.

Aliás, consoante já decidiu o TCU, para fins de comprovação da capacidade técnico-operacional, podem “ser solicitadas as certidões de acervo técnico (CAT) ou anotações/registros de responsabilidade técnica (ART/RRT) emitidas pelo conselho de fiscalização profissional competente em nome dos profissionais vinculados aos referidos atestados, como forma de conferir autenticidade e veracidade às informações constantes nos documentos emitidos em nome das licitantes”¹⁷.

¹⁷ “[...] habilitação técnico-operacional [...], devem ser exigidos atestados emitidos em nome da licitante, podendo ser solicitadas as certidões de acervo técnico (CAT) ou anotações/registros de responsabilidade técnica (ART/RRT) emitidas pelo conselho de fiscalização profissional competente em nome dos profissionais vinculados aos referidos atestados, como forma de conferir autenticidade e veracidade às informações constantes nos documentos emitidos em nome das licitantes” (TCU. Acórdão n. 3.298/2022 – 2ª Câmara. Relator Min. Marcos Bemquerer. Sessão do dia 5.7.2022)

Logo, no presente caso, não poderia a Administração, no item 1.1.2.10 do Edital (pág. 61, peça n. 3), exigir “Atestado de capacidade técnica, devidamente reconhecido pela entidade profissional competente CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia), em nome da EMPRESA LICITANTE”, razão pela qual considero procedente o presente apontamento de irregularidade.

No entanto, tendo em vista que a condição imposta era impossível de ser atendida, tendo em vista que até então seria vedada a emissão de CAT ou ART/RRT em nome de pessoa jurídica no conselho profissional, e que, na prática, os gestores públicos acabaram não exigindo a documentação dos licitantes e nenhum dos participantes foi inabilitado por este motivo, entendo que deve ser afastada a aplicação de multa ao responsável (nos termos do art. 22 e do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb), haja vista que não se verificou relevante prejuízo ao desenvolvimento regular do certame e aos licitantes.

Recomendo, por fim, aos atuais gestores do Município de Baependi que, em futuros certames licitatórios, atentem-se para a vigência da Resolução Confea n. 1.137/2023, de 31 de março de 2023, editada para se adequar à Lei n. 14.133/2021 e que agora instituiu a Emissão de Certidão de Acervo Operacional – CAO.

III – CONCLUSÃO

Em face do exposto, julgo improcedente o apontamento de irregularidade da denúncia formulado em face do Processo Licitatório n. 296/2021, Pregão Presencial n. 153/2021, deflagrado pelo Município de Baependi, tendo em vista a ausência de elementos comprobatórios da existência de subcontratação na prestação do serviço contratado.

Julgo, ainda no mérito, procedente o apontamento de irregularidade complementar apresentado pela Unidade Técnica em face do Processo Licitatório n. 296/2021, Pregão Presencial n. 153/2021, deflagrado pelo Município de Baependi, aplicando multa individual no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao Sr. Douglas Staduto Souza, então Prefeito, nos termos da fundamentação deste voto e em face do disposto no art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Lindb e no art. 85, II, da Lei Orgânica deste Tribunal, em razão da falta de providências na fiscalização de serviço público essencial e da ausência, na assinatura dos termos aditivos celebrados, dos requisitos essenciais previstos em Lei (art. 205 e 208 da CR/1998; art. 136, 138 e 139 do CTB; art. 38, PU, e art. 57 e §§, ambos da Lei n. 8.666/1993), que, no caso concreto, pôs em risco a adequada prestação de serviço sensível, qual seja, o transporte público escolar de crianças e adolescentes, ante a ausência de uma série de documentos e laudos que em nenhum momento foram apresentados pelos contratados.

Também no mérito, julgo procedentes os apontamentos complementares apresentados pelo Ministério Público de Contas, tendo em conta ocorrência das seguintes irregularidades constantes do edital do Processo Licitatório n. 296/2021, Pregão Presencial n. 153/2021: **i)** exigência de Certidão de Falência ou Concordata, em afronta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, do Tribunal de Contas da União e desta Corte, ao interpretar o disposto no art. 30, II, da Lei n. 8.666/1993; **ii)** exigência de atestado de capacidade técnica com quantitativo mínimo superior a 50% do serviço que se pretende contratar, em desconformidade com à jurisprudência do Tribunal de Contas da União e desta Corte ao interpretar o disposto no art. 30, II, c/c o seu §2º, ambos da Lei n. 8.666/1993; **iii)** exigência da atestado de capacidade técnica-operacional registrado em conselho de fiscalização profissional, em desconformidade com o art. 55 da Resolução Confea n. 1.025/2009 e com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU.

Não obstante, nos termos da fundamentação exposta, deixo de aplicar multa nestes casos, por entender que é suficiente a atuação pedagógica desta Corte de Contas, recomendando aos atuais gestores do Município de Baependi que, em futuros certames licitatórios:

- a) prevejam, no ato convocatório, a possibilidade de aceitação de certidão positiva de recuperação judicial, com a comprovação de que o plano de recuperação foi acolhido na esfera judicial, bem como efetuem diligência para avaliar a real situação da capacidade econômico-financeira do licitante, no caso de apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial, não devendo ser tal circunstância, por si só, causa de inabilitação do licitante;
- b) apresentem, na fase interna, justificativa técnica quando houver necessidade de comprovação de execução dos serviços em valor superior ao limite de 50% do quantitativo de maior relevância;
- c) atentem-se para a vigência da Resolução Confea n. 1.137/2023, de 31 de março de 2023, editada para se adequar à Lei n. 14.133/2021 e que agora instituiu a Emissão de Certidão de Acervo Operacional – CAO;

Intimem-se os responsáveis por via postal e pelo Diário Oficial de Contas – DOC, assim como os seus advogados constituídos, apenas pelo DOC.

Intime-se, ainda, o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

* * * * *